Conteúdo
I - Breve introdução

II - Dos Princípios no Direito

III - Da hierarquia das normas

IV - Das Leis Ordinárias e do Contrato de Seguro

V - Da Conclusão

Voltaire Marensi *Paulo Henrique Cremoneze*

I

Breve introdução

Sabemos todos que entre as normas existe hierarquia. Da mesma forma que existe no Céu, existe hierarquia no tecido social e, obviamente, no Direito. Ignorá-la é abrir portas para o caos. É a hierarquia, jurídica ou social, que garante a correta inteligência do princípio da igualdade.

Sem essa noção, o princípio da igualdade perde sentido; deixa de se orientar ao justo para ser nada além do que bandeira ideológica, exercício retórico de utopias. Com ela, temos viva a máxima aristotélica que ao longo dos séculos, empregada das mais diferentes formas, foi assim decantada: igualdade é tratar de forma desigual os desiguais na medida das suas desigualdades.

Sem maiores inflexões filosóficas – sobre a melhor interpretação da máxima de Aristóteles e se a igualdade há de ser matemática, geométrica, proporcional, distributiva ou qualquer consideração mais – interessa-nos aqui destacar a importância de bem dimensionar a igualdade, mostrando seu vínculo com a hierarquia e a promoção do que é justo.

E quando falamos em hierarquia – enquanto algo essencial para a compreensão da igualdade e da justiça –, lembramos de que se trata de princípio fundamental, intimamente ligado a outros tantos,

como os da proporcionalidade (verhältnismässigkeit), da isonomia (isonomie), da equidade (eigenkapital) e o da lógica jurídica (rechtslogik).

Observar o princípio da hierarquia das normas (prinzip der normenhierarchie) é respeitar o estado democrático de Direito, premiar o conceito de segurança jurídica e valorizar a paz social.

Daí sua enorme importância e o motivo pelo qual não pode ser ignorado em qualquer campo, especialmente no do Direito de Seguros, que integra o Direito Público e o Direito Privado e impacta diretamente na saúde econômico-financeira das relações sociais em geral. Nenhum negócio jurídico tem tanto o interesse social por detrás como o de seguros; poucos são tão umbilicalmente ligados à ideia de coletividade.

Nos últimos tempos notamos enorme efervescência renovadora na atividade de seguros. Mudanças significativas que redesenharam parte significativa do negócio.

A rigor são bem-vindas. O negócio de seguros, como qualquer outro, não pode parar no tempo, encapsulado em fórmulas antigas, não poucas incapazes de atender muitas das necessidades atuais. É necessário, todavia, cuidado especial ao implementar novidades. Tanto na matéria quanto na forma.

Nosso objetivo, aqui, não é o de aplaudir ou criticar as mudanças recentes entabuladas pelo principal órgão estruturante do mercado de seguros, mas o de observar a ortodoxia do Direito, da qual depende a qualidade da renovação de qualquer aspecto do Direito de Seguros.

Quando defendemos a ortodoxia não o fazemos com o apego exagerado à forma. Muito pelo contrário. Fazemo-lo com o objetivo de garantir a busca do bem comum, que há de ser sempre a razão de toda mudança, ungidos do espírito protetivo da ideia de segurança jurídica.

As mudanças devem ser feitas, coisas novas devem ser criadas, desde que se vejam respeitados os princípios fundamentais da Teoria Geral do Direito. Do contrário, deixaremos ao arbítrio de poucos o que a muitos interessa.

Seja por causa do princípio do mutualismo, seja por causa do já comentado relevo econômico-financeiro, o negócio de seguros é importante aos seus protagonistas e à sociedade como um todo. Aquilo que carrega a palavra seguro em sua identificação não pode de modo algum abrir mão da segurança jurídica, ainda que a intenção primaz seja inegavelmente boa. O respeito à ortodoxia é a garantia – ao menos em expectativa – do diálogo prévio, do debate edificante e da constante e perpétua busca do bem de todos.

O binômio ortodoxia-renovação não é um paradoxo, mas um instrumento de proteção. Salvo no campo da ordem moral, no qual é um fim em si mesmo, a ortodoxia é meio pelo qual as coisas são exercitadas.

No caso específico do Direito, é caminho, não fim. Respeitá-la, insistimos, é a melhor maneira de garantir a elaboração de normas sem vícios intrínsecos.

O Direito de Seguros evidentemente tem que seguir esse caminho e talvez até com maior rigor do que o de outros ramos, dada sua própria, diferenciada natureza.

Não criticamos nenhuma das mudanças recentes muito menos seus atores. O que nos movimenta é unicamente o desejo de alertar para a necessidade de observar regras e procedimentos. Em síntese: o negócio de seguro pode e deve ser alterado, renovado, inovado, modernizado, mas jamais por outra norma que não a lei.

Essa opinião não se funda em nossa vontade, mas no princípio da hierarquia das normas. Afinal, sabemos que devemos dar “a Cesar o que é de César e a Deus o que é de Deus”[1], de tal modo que não podemos tratar das coisas do Alto do mesmo modo que tratamos as do mundo. Se algo só

pode ser criado ou alterado por meio de lei, que assim seja. É exatamente isso o que determina o princípio da hierarquia das leis, um daqueles que compõem o que podemos chamar de “livros sagrados” do Direito.

II
Dos Princípios no Direito

Discute-se muito sobre a natureza dos princípios dentro do desenho geral do Direito. Filiamo-nos ao grupo dos que entendem que o princípio não só é norma, como é de ordem fundamental, verdadeiro vetor. Princípio é, ao mesmo tempo, a base e o topo do Direito.

Não há norma mais importante e que goze de maior preferência.

Reconhecemos que há não pouca dúvida acerca da efetiva força dos princípios na hermenêutica e na interpretação, sobretudo quando confrontados com a regra, mas ainda assim ousamos afirmar sua primazia.

Ao pensarmos sobre o princípio jurídico, lembramos de Humberto Ávila, que diz: “que todo ordenamento jurídico é constituído por normas de tipos diferentes, expressas ou não (estas últimas chamadas de “implícitas”), e que algumas dessas possuem (em algum sentido a ser precisado) o estatuto ou o valor de “princípios” é coisa que os juristas sabem e teorizam desde sempre. [Prólogo da Edição Italiana (“Teoria dei Principi”). Riccardo Guastini. Professor Titular de teoria do Direito da Universidade de Gênova.]”[2]

Ao analisar o uso inconsistente da distinção fraca entre regras e princípios Ávila afirma que “é dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas-mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos”.[3]

Sendo assim, diante da condição de vigas-mestras, de valores do ordenamento jurídico, parece-nos correta a ideia de que nenhuma regra pode ser interpretada e aplicada sem perfeita simetria aos princípios.

E quando falamos em princípios jurídicos, falamos daqueles considerados gerais do Direito, que são majoritariamente fundamentais e constitucionais.

Os princípios constitucionais são mecanismos de calibragem do ordenamento jurídico, ferramentas pelas quais seu intérprete e aplicador se aproxima da justiça.

Há nos princípios algo que se confunde com a definição de Direito pelo Código Justiniano: “a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu”. Gostamos dela não apenas por ser a informadora do Direito Ocidental, mas por ser a que remete diretamente ao conceito de Diké dos gregos antigos, segundo o qual Direito e Justiça são inseparáveis.

Pelo respeito aos princípios é que garantimos a mais segura aplicação da regra e, com isso, dilatamos o espaço da justiça. Em se tratando de princípio constitucional, esta afirmação se avoluma e se torna praticamente incontestável.

A Constituição fundamenta-se a si própria. Sua característica lógica é complexa (signos utilizados no plano sintático), embora não existam comandos complexos. O plano semântico da Constituição refere-se ao seu objeto (significado). O campo pragmático refere-se às regras de interação.

A norma jurídica possui caráter coordenativo. Na Constituição, há ampla denotação e baixa conotação, implicando maior amplitude semântica.

A Constituição é fundamento de validade de todo o sistema jurídico (que se realiza pelas relações de competência, não se tratando de um sistema descritivo e/ou dedutivo como o matemático).

A Ciência do Direito é descritiva, mas o Ordenamento Jurídico é prescritivo.

A proposição de toda norma jurídica (não o seu enunciado) é, sempre, um comando. A descrição, o esclarecimento, são interessantes à Ciência do Direito e não ao Ordenamento Jurídico.

Enquanto “ordem” o sistema jurídico é pautado em Princípios de Autoridade. (Relações de Autoridade nas quais não se cogita sobre a validade do sentimento de “Justo”).

Mesmo quando se estuda o conteúdo das normas, o que se busca é sua Autoridade. A norma superior condiciona a inferior por essa relação. Logo, é correto dizer que a norma inferior só existe porque a superior lhe determina ou autoriza existência. A norma superior é fundamento de validade da norma inferior. E é exatamente aí que o trato dos princípios ganha especial dimensão.

Princípio Constitucional é um fenômeno ocasionado em virtude da baixa densidade semântica da Constituição. Obedece-se aos Princípios porque eles determinam que sejam obedecidos.

As normas jurídicas, além das relações de autoridade, também se relacionam por coordenação.

Princípio Constitucional não é superior a outra norma constitucional, porém é mais amplo. O Princípio diz respeito a todo o universo de objetos constitucionais e sua principal característica é a semântica.

Um conceito influencia o significado do outro. Destina-se o princípio a um universo maior, razão pela qual impacta e direciona mais do que a regra específica, não por uma relação de autoridade, mas pela natureza semântica que lhe é afeta. Logo, é inválida qualquer norma infraconstitucional que o infrinja. A norma infraconstitucional, portanto, tem de ser interpretada à luz do Princípio Constitucional.

É errada toda interpretação que vise a enfraquecer Princípios Constitucionais (mera divergência interpretativa não se confunde com erro).

O Princípio Constitucional e a norma jurídica devem ser sempre interpretados sistematicamente em relação ao Ordenamento Jurídico.

Interpretação Sistemática é a melhor de todas as interpretações do Direito, porque próxima ao conceito de equidade e se extrai da seguinte ideia: sistema é um universo de elementos entendidos de forma coordenada, vale dizer, com nexo, alicerçado numa ordem. O universo é o caos, o homem que o ordena.

Todo sistema importa: a) Repertório: os elementos a serem estudados (separações abstratas) e Ordenamento Jurídico (as normas jurídicas); e b) Estrutura: o que significa hierarquia. A diferença da norma jurídica das demais normas reside na natureza do descumprimento (sanção, conforme a chamada razão ôntica).

A sanção não está na norma isolada, mas no Ordenamento. Diante disso, mesmo quando se interpreta uma lei isoladamente, interpreta-se dentro de um sistema.

Princípio é uma categoria em termos de construção lógica. Qualquer norma jurídica é produzida em linguagem idiomática, e não formal como na matemática. A norma jurídica visa a incidir na realidade, por isso é próxima da realidade, ao contrário da formal, que não é tanto assim.

Porque o Direito lida com uma versão dos fatos e não com os fatos propriamente ditos. A partir disso é que se busca o significado de uma dada regra legal. Por conta destas situações é que ainda mais importância há de ser dada à dinâmica dos princípios. E esta dinâmica é versátil, já que também se fez presente na gênese da norma (categoria na qual a regra se insere).

Diante dessa dinâmica é que a Constituição não deve conter Princípios ou normas vazios. E o

mesmo – obviamente – vale para todas as normas, incluindo as que figuram na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O respeito inflexível dos princípios fundamentais tem em si mesmo a aplicação de um princípio, dito como vetor dos vetores e supraconstitucional (porque presente em muitas constituições pelo mundo), que é o da proporcionalidade, intitulado pela tradição jurídica alemã como uma máxima: Verhältnismässigkeitsmaxime.

Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, sempre influenciará no conteúdo e no alcance de todas as normas.

A melhor interpretação (entenda-se, aplicação) do Direito é a sistêmica, e por esta se entende aquele que leva em conta todo o ordenamento jurídico, todas as fontes do Direito, e põe em primeiro plano os princípios (fundamentais e constitucionais).

Sobre a interpretação sistêmica e a importância dos princípios fundamentais, ensina Luiz Antônio Rizzatto Nunes[4]:

"E essa influência tem uma eficácia relativa, real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação de normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implanto no caso real que se está a analisar.

Não é preciso, pois, nada aguardar, nada postergar, nem imaginar que o princípio fique apenas edulcorando o universo ético, como a constelação iluminando o céu. Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado".

A diferença da norma jurídica para as demais normas reside na natureza do descumprimento (sanção). A sanção não está na norma isolada, mas no Ordenamento. Diante disso, mesmo quando se interpreta uma lei isoladamente, tem-se, nunca é demais repetir, a interpretação dentro de um sistema.

Antecipando-nos ao que será a conclusão deste artigo, temos que a mudança das normas de Direito de Seguros só pode ser feita por meio de lei. Mudanças por qualquer outra espécie normativa, por mais bem-vindos que sejam o conteúdo e o objetivo, fere princípio constitucional, ao arrepio da hierarquia das normas.

Por isso é que se pode dizer, sem receio ou constrangimento, que o princípio é imediatamente aplicável, a toda e qualquer situação, incluindo-se a elaboração normativa. Não é preciso, pois, aguardar alguma coisa a mais para sua aplicação, tampouco imaginar que o princípio fique apenas edulcorando o universo jurídico, como a constelação o faz à abóbada celeste. Trata-se, antes, de algo real e palpável, muito substancial e que está presente no mundo jurídico, sendo inaceitável eventual desprezo por parte do operador do Direito.

Mais uma vez invoca-se o magistério de Rizzatto Nunes que cuida especificamente do princípio da dignidade da pessoa humana, porém de forma a aproveitar a todos os princípios e ao que ora muito defendemos, a interpretação sistêmica do Direito[5]:

"Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação."

Errada, insistimos, toda e qualquer interpretação contrária à plena validade e máxima eficácia dos princípios. Igualmente, indevida é e sempre será a mudança legislativa ou a criação de norma que não obedece a princípios constitucionais, notadamente o da hierarquia.

Nisso consiste o propósito maior do presente estudo, demonstrar que o princípio é a base inicial do Direito e regra legal por excelência. Em verdade, o princípio é a mais importante das regras legais. Não se confunde com valor, que o integra. Princípio é mais do que valor porque é regra cogente por excelência. O valor é relativo, sofre influências constantes do tempo e do espaço. Já o princípio tende ao absoluto.

Mais uma vez citamos Rizzatto Nunes[6]:

"O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afasta-lo, portanto. O valor sofre toda influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação — jurídicas ou não. Por isso, há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades de deles falar. Eles variarão na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação."

Não é exagero, portanto, dizer que o princípio é o valor positivado à enésima potência, um valor tão forte que transcendeu a própria natureza e assumiu a qualidade de regra. A primazia do princípio é o maior postulado do Direito. Ele, o princípio, não pode ser descartado quando da interpretação de uma dada regra legal à luz do caso concreto. Sua existência faz desnecessária até mesmo a chamada interpretação alternativa do Direito, já que se trata de regra positiva e que pode e deve ser imediatamente aplicada.

Logo, o juiz não desprezará a ordem jurídica e o Direito posto, mas ao contrário, valer-se-á destes quando buscar a solução mais adequada ao caso concreto em termos de contração de Justiça. E o mesmo raciocínio emprega-se ao legislador e a qualquer órgão, ainda que investido de poder, que regular por norma inferior o que preferivelmente seria regulado por lei.

Advogamos a tese da primazia do princípio, pois acreditamos se tratar do início, meio e fim de qualquer aplicação justa e equilibrada do Direito, sempre tendo por objetivo maior a concretização da Justiça. E em não poucos momentos a aplicação equilibrada significa fiel obediência à ortodoxia.

Os princípios estão aí, positivados. Podem e devem ser aplicados imediatamente, sem tergiversações. É o princípio, como já inferido neste texto e até explicitamente exposto, poderoso mecanismo de calibragem, mola legal pela qual o operador do Direito pode melhor compreender a ciência objeto do seu trabalho e a Justiça efetivamente construída numa dada lide forense, bem como na gênese de qualquer inovação jurídica.

Princípio é Direito e, ao mesmo tempo, Justiça. Reclama aplicação inteligente do sistema legal, permitindo aos envolvidos numa disputa judicial, especialmente ao juiz, distribuir a Justiça sem ofender a ideia de segurança jurídica, um dos principais postulados do Direito e do Estado Democrático. Por outro lado, porém de modo igual, impõe ao legislador ou ao que tiver algum poder criador de normas a fiel observação dos procedimentos constituídos.

O Direito não é uma ciência pura e nem se encontra distante dos demais ramos do conhecimento humano. Muito pelo contrário, em que pese sua natureza formal e abstrata, existe para ser aplicado e, assim o sendo, para a construção coerente da Justiça mister se faz o uso contínuo e corajoso dos princípios. Todavia, há nele, enquanto ciência, parte intangível e que não pode ser minimamente

desprezada. Pensamos ser exatamente o caso do princípio da hierarquia das normas.

III
Da hierarquia das normas

Trata-se de importante princípio que se faz presente em muitos ordenamentos jurídicos em todo o mundo, mas que é especialmente relevante em Estados que adotam o modelo federal, como o Brasil.

Em interessantíssimo artigo, intitulado O princípio da hierarquia normativa no ordenamento jurídico brasileiro, Florisvaldo Cavalcante de Almeida[7], assim resumiu o tema que ora iniciamos:

“A Teoria Geral do Direito apresenta como uma das principais características da norma jurídica seu fundamento de vigência. Um dos elementos que compõe esse fundamento é a hierarquia normativa entre os diversos dispositivos jurídicos. Esta hierarquia foi celebrada por Hans Kelsen, para quem norma hierarquicamente superior é aquela que fundamenta a norma inferior. O fundamento de vigência, dentro dessa Teoria, é um pressuposto de validade do Estado de Direito, no que se refere à sua organização e regulação das suas atividades, no qual o Estado se submete as leis por ele criadas. Buscou-se, partindo do pressuposto de que a Constituição Federal é a norma suprema do ordenamento, se existe hierarquia entre normas infraconstitucionais. Concluiu-se, existe hierarquia entre órgãos e servidores da Administração, conquanto as espécies normativas estejam no mesmo nível hierárquico, já que recebem fundamento de validade, tanto no aspecto formal quanto material, da Carta Política.”

Vê-se pelo comentário de Cavalcante de Almeida e pelo que entendemos do ordenamento jurídico brasileiro que, ao menos em relação ao seu corpo orgânico-normativo, o Brasil adotou o modelo piramidal kelseniano.

E no que consiste a pirâmide normativa de Hans Kelsen?

Consiste na hierarquização do Direito. Uma norma, suprema, que ele chamou de hipotética fundamental, a se constituir no fundamento de validade de todas as normas, sendo estas, por sua vez, escalonadas de tal modo que as superiores se sobrepõem às inferiores.

Segundo o próprio Hans Kelsen: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”.[8]

O Direito é uma ordem e, como tal, pressupõe a existência de hierarquia. Não há ordem sem hierarquia.

E, como dissemos, ancorando-nos novamente em Cavalcante de Almeida, a teoria do ordenamento jurídico, mãe do princípio da hierarquia das normas, encontra sua “completa expressão no pensamento de Hans Kelsen (2011:215), entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, ao instituir a norma hipotética fundamental cujo objetivo fora atribuir fundamento de validade de uma ordem jurídica (...)”.[9]

Embora o ordenamento jurídico brasileiro, hoje, por causa do Código de Processo Civil de 2015, apresente alguns elementos próprios do Common Law, é mais do que sabido e reconhecido que seu modelo é o da Civil Law, com forte influência da escola romano-germânica.

Mais do que natural, até lógico, que o positivismo jurídico de Hans Kelsen permeie o Direito do país e se apresente marcadamente em não poucos momentos.

Isso não significa que o Direito no Brasil siga uma linha fundamentalmente própria da teoria pura de Hans Kelsen, muito menos que nós sejamos seus repetidores em tudo, já que sabemos que o Direito não é uma ciência hermética, distanciada, um fim em si mesmo, porém uma que interage

com outros ramos do conhecimento e que mergulha no barro da vida e se apresenta aos fatos do mundo. Significa, apenas, que alguns dos seus aspectos são bem objetivos e não permitem tanto espaço para danças retóricas ou dialéticas inautênticas.

Pensamos que o princípio da hierarquia das normas é um dos que se ajustam ao que imediatamente acima afirmado, devendo ser sempre obedecido e jamais ignorado, sob pena de vício fundante e insanável.

Segundo o princípio que, como visto, dispõe que as normas inferiores (chamadas de fundadas) devem respeitar as superiores (fundantes), temos no caso do Brasil a seguinte ordem:

- Constituição Federal e Emendas Constitucionais promulgadas
- Leis Complementares
- Leis delegadas
- Leis ordinárias
- Decretos–Leis[10]
- Regulamentos
- Tratado, Acordos, Atos, Convenções Internacionais após Decretos Legislativos
- Usos e Costumes
- Doutrina e Jurisprudência
- Decretos, Medidas Provisórias, Resoluções
- Portarias, Instruções Normativas
- Contratos em geral

Aí se observam todas as normas, levando em conta não apenas o sistema legal (ou, mais precisamente, normativo), e sim o ordenamento jurídico, tanto que se fala em costumes, doutrina, jurisprudência e até contratos, que são normas jurídicas por excelência.

Quando se leva em consideração apenas as normas em sentido bem estrito, conforme o rol do art. 59 da Constituição Federal, o quadro altera-se em parte:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Muito aproveita dizer que o art. 59 se encontra na disposição geral (Subseção I), da Seção VIII, do Processo Legislativo, do Capítulo I, do Poder Legislativo, do Título IV, que trata da Organização dos Poderes.

Destacamos: do Processo Legislativo. Então, a hierarquia das normas é um princípio a ser observado antes mesmo do nascimento de uma norma (como já afirmamos). Aquilo que se disciplina por lei não pode de modo algum ser tratado por meio de decretos, resoluções ou

qualquer espécie normativa inferior. Tem-se ainda as competências, as quais não podem ser relegadas, e caminham de mãos dadas e almas unidas com a hierarquia na estrada da ordem jurídica, que é fundamentalmente estruturante.

Tudo isso encontra-se em espírito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.376, de 2010, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

A Lei de Introdução é o que os alemães chamam de Recht über Recht e os italianos de Legge sulla Legge, ou seja, Direito sobre Direito, Normas sobre Normas, um código que tem por objetivo tratar de outros códigos e de todas as espécies normativas e figuras do ordenamento jurídico. Em síntese, trata-se de um conjunto de normas que tem por objetivo tratar de normas.

Observa-se, com isso, o amálgama entre forma e substância e a importância da estrutura jurídica ordenada, incluindo as normas fundantes e as fundadas.

Diante disso tudo e já marchando mais diretamente para o cuore deste trabalho, cuida-nos estudar o art. 22 da Constituição Federal, que trata das competências legislativas.

IV
Das Leis Ordinárias e do Contrato de Seguro

O art. 22, I, da Magna Charta dispõe expressamente que compete de forma privativa à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Sabemos que o Direito de Seguros é um ramo complexo, robusto, que contém elementos de Direito Público e de Direito Privado, este de modo mais preponderante.

Ninguém questiona que o Direito de Seguro, que apresenta também nuances de Direito Empresarial, insere-se no Direito Civil.

Além de regras especiais, o contrato de seguro, âmago do Direito de Seguros, encontra-se no Código Civil, nos artigos 757 a 802.

Diante disso, pode-se dizer que o contrato de seguro é um instituto civil por natureza e por excelência.

Dessarte, cabe ao Direito Civil, dentro do princípio da hierarquia das normas, estratificado em sede doutrinária construída por Merkel e Kelsen, a afirmação de que o Direito Constitucional se encontra no vértice e no ápice da pirâmide legal.

É ele – Direito Constitucional – que baliza todo nosso princípio exposto em nosso ordenamento jurídico, que diz que só a União pode legislar sobre matéria de Direito Civil, ou seja, de Direito de Seguros.

Nesse sentido, temos que “desde o início, o controle abstrato de normas desfrutou de posição firme na práxis do Bundesverfassungsgericht, senão por outras razões, graças à relevância política das questões jurídicas submetidas à apreciação do Tribunal.”[11]

Vemos, assim, que o famoso modelo constitucional alemão, fortemente influenciado pelas lições do austríaco Hans Kelsen, foi agasalhado pela Constituição brasileira. A pirâmide famosa e seus preceitos influenciaram a criação da ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como importantes figuras como as dos princípios fundamentais, destacadamente o da hierarquia das normas, que em grande medida se confunde com a própria teoria do ordenamento jurídico.

O que isso quer dizer?

No caso específico do que aqui nos interessa, significa que só a União pode legislar sobre coisas do Direito de Seguros, sobre o contrato de seguro.

E quando se fala em União, não se fala de órgão administrativo, por mais importante e forte que seja, mas do Poder Legislativo. Com efeito, só o Congresso Nacional pode disciplinar o negócio de seguro, ninguém mais.

Trata-se de algo claro, incontroverso, mas que infelizmente não tem sido observado.

Uma norma que discipline o negócio de seguro sem ser lei ordinária, isto é, nascida da vontade do povo por meio dos seus parlamentares (deputados federais e senadores) é inconstitucional, ainda que essencialmente boa e orientada para o bem comum.

Pode-se falar em controle repressivo, concentrado e difuso de constitucionalidade, e em vício fundamental e insanável da norma.

Por isso, o cuidado extremo é fundamental.

O contrato de seguros é algo de interesse público, ainda que mediato, em razão do princípio do mutualismo. Sua natureza é diferenciada, assenta-se na confiança extrema e na boa-fé objetiva, que vai além das partes contratantes. Por conta disso tudo é que o legislador constituinte, representante da vontade soberana do povo, reservou-lhe o trato apenas por meio de lei.

Defender isso não é se posicionar de forma alguma contra a inovação, a renovação, o avanço e a praticidade, enfim, contra o alinhamento das novas necessidades do mercado e das gentes, mas é defender a Constituição, a forma que se confunde positivamente com a substância, e a busca da segurança jurídica.

O pacto social, que se alinha ao congênere federativo, não pode ser desrespeitado, por mais que se queira avançar em certas matérias. Ninguém senão a União, o Congresso Nacional, pode dispor sobre o contrato de seguro sem o fazer por lei ordinária.

V
Da Conclusão

“(...) a noção de fundamentação de validez de uma norma jurídica, também, poderá ser entendida em um sentido material: quando uma norma é considerada hierarquicamente superior à outra, simplesmente porque o conteúdo da primeira tem por finalidade conferir competência a um órgão”.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. El principio de jerarquia normativa. In: LAPORTA, Francisco J. Constitucíon: problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. pp. 93-109. para produzir à segunda”.

Vimos que os princípios fundamentais são o assoalho do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, suas normas capitais, fundantes.

Por mais que tenham densidade semântica aberta são, sim, normas e normas de caráter vetor, inspirando a interpretação e a aplicação de outras normas.

Vimos ainda que não é possível a qualquer norma desrespeitar princípio fundamental algum. E não é possível porque os princípios gozam de primazia.

Pode-se sustentar que, como normas fundantes, são superiores dentro da teoria do ordenamento jurídico, sustentada por Hans Kelsen, e que apresenta a teoria da pirâmide jurídica, muito alinhada ao sistema da Civil Law.

É verdade que muitos doutrinadores de escol não enxergam a superioridade hierárquica dos princípios, mesmo os valorizando profundamente, mas não é menos certo que todos reconhecem a estruturação kelseniana do ordenamento jurídico brasileiro.

E quando se fala nessa estruturação, fala-se especialmente na pirâmide normativa, nas normas fundantes e fundadas. Fala-se, no caso específico do Brasil, no desenho constitucional de competências, que muito se conecta ao pacto federativo, algo que quase se confunde com o próprio pacto social.

Dentro da pirâmide que vige no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é a regra que tudo fundamenta e de que tudo deriva.

A Constituição Federal expressamente incensa o princípio da hierarquia das normas e o elege como fundamental e direcional, indeclinável.

Na mesma toada, a Constituição define que é competência da União disciplinar o Direito Civil, sendo que nele se assenta e se enfronha o Direito de Seguros.

Por isso, é certo dizer que só o Congresso Nacional, a face visível do Poder Legislativo, pode criar ou modificar regras sobre o negócio de seguro.

E por “norma” há de se entender “lei ordinária”. Outras espécies normativas podem até interagir com as leis, mas jamais sobrepô-las, muito menos substituí-las, em matéria de seguros.

O contrato de seguro tem que ser regulado por lei, oriunda da fonte devida, o Congresso Nacional, formado por representantes do povo e dos estados-membros e do distrito federal.

Nenhuma entidade, por mais especializada e poderosa que seja, ainda que investida de invulgar múnus público, pode ser fonte legislativa sobre seguro e espécie alguma, a não ser a lei, pode tratar de coisas próprias do negócio de seguro.

Repetimos nesta conclusão o que exposto no corpo deste artigo: que esta opinião não seja entendida como crítica às mudanças ou dique ao tão desejado e necessário redesenho do contrato de seguro.

Muito pelo contrário. Mudanças e inovação são coisas boas e imprescindíveis para o negócio, para o mercado de seguros.

Os protagonistas do negócio anseiam por elas. A sociedade as reclama com clamor.

A forma, porém, não pode ser desprezada, principalmente quando ela se emaranha com a substância e é determinada pela própria Constituição.

Mudanças de qualquer tipo que não seguem a pauta constitucional e não observam rigorosamente o prumo do princípio da hierarquia das normas, correm o sério risco de judicialização.

E com a judicialização o selo da insegurança jurídica, algo que embota o negócio de seguro, marca-o com o signo da desconfiança e muito prejudica seu desenvolvimento. Ajuda, por fim, a aumentar o ranço ideológico que existe – de forma injusta, aliás – em relação a alguns dos seus atores.

O cuidado que ora se advoga não é fruto do formalismo pelo formalismo, mas da consciência de que a forma serve à substância. Por mais que mudanças sejam necessárias, a busca de atalhos capazes de contornar a morosidade legislativa não é por si recomendável.

Os ventos frescos e fortes que precisam ser soprados sobre o campo fértil do negócio de seguros urgem, mas não podem ser atabalhoados, sob pena de mudarem de rumo e mais atrapalharem do que ajudarem no semeio dos bons frutos.

Todos queremos mudanças, e para ontem. Mas a pressa é mais retórica do que efetiva. Ela de nada servirá quando um princípio fundamental estruturante for ignorado. Esta pressa não será boa e sua desordem logo se fará sentir.

Respeitar o princípio da hierarquia das normas e tratar o contrato, o negócio de seguros, apenas por leis, como deve ser tratado, na forma determinada pela Constituição Federal, será sempre algo mais custoso, não raro desanimador, porém seguro, absolutamente correto e despido de problemas estruturais. Será algo sempre democrático, amplamente debatido e que verdadeiramente a todos aproveitará.

Sempre acreditamos nisto e não temos motivo algum para mudar entendimentos antigos e sólidos. Sabemos que estamos a viver em um tempo que, mais do que outros, se afirma ingloriamente pelo relativismo em tudo; um tempo em que o pretexto aparentemente bom do fomento de negócios, aliado ao anseio de empreendedorismo, tende a tudo justificar.

Apesar disso, ousamos remar contra maré enganosa e turbulenta, mantendo-nos fiéis ao que hoje parece ser fora de esquadro: a ortodoxia.

A palavra não foi repetida à toa neste modesto trabalho. Acreditamos, talvez por sermos assumidamente uma dupla old fashion, da old school, que é pela ortodoxia, amiga íntima da tradição, que sabemos o que somos, o que valorizamos, a quem servimos e pelo que lutamos. A ortodoxia não confronta o novo. Muito pelo contrário. É ela que verdadeiramente o impulsiona, fazendo do modo seguro, distinguindo coragem de arroubo emocional, objetivo de precipitação, sonho de devaneio.

Acreditamos nos valores fundamentais e nos princípios constitucionais. Acreditamos e os aplicamos constantemente. Por isso, mantemos posição cerrada em defesa do princípio da hierarquia das normas e realmente estamos convictos de que ele tem sempre que ser considerado no trato de praticamente tudo que diz respeito ao poderoso negócio de seguros.

Voltaire Giavarina Marensi. Professor Concursado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1987. Lecionou na Universidade Nacional de Brasília, quando exercia as funções de Consultor Jurídico Substituto do Ministro da Justiça à época, Titular da Pasta Ministro Paulo Brossard de Souza Pinto, bem como assessor no Superior Tribunal de Justiça do Ministro Athos Gusmão Carneiro, quando de sua criação através da Constituição Federal de 1988. Foi Coordenador da Cátedra de Direito de Seguros da Academia Nacional de Seguros. Pós- Graduado em Direito de Família pela Universidade do Rio de Janeiro, Candido Mendes em 2017. Consultor Jurídico do escritório sediado em São Paulo Franco Advogados Associados. Advoga no DF junto aos Tribunais Superiores. Autor de várias obras sobre Seguros e Previdência.

Paulo Henrique Cremoneze, advogado, mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, professor-convidado da ENS – Escola de Negócios de Seguros, laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia, presidente do IDTBrasil e membro do IASP e da Ius Civile Salmanticense, articulista do Caderno Porto&Mar do Jornal A Tribuna de Santos (Grupo Globo), autor de livros de Direito de Seguros e Direito de Transportes, associado da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos).

[1] Evangelhos sinóticos: Mateus 22:21, Marcos 12:13-17 e Lucas 20: 20-26

[2] Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2015)

[3] Op. Cit. p. 109

[4] O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, 4ª. ed., Saraiva, São Paulo: 2018

[5] Op. Cit. p. (...)

[6] Op. Cit. p. (...)

[7] Ver em: http://siga.faculdadedeilheus.com.br/DireitoEmRevista/Artigo/Download/

[8] Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo; Martins Fontes, 2011.

[9] Op. Cit. (fonte internet)

[10] Não existe mais a possibilidade de edição de Decretos-leis, mas os que existem são respeitados, porque recepcionados, ainda que alguns parcialmente, pela Constituição Federal

[11] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, 4ª Edição, são Paulo, Saraiva, 2004, p. 38

20.08.2021