

Subtema: Contrato de seguro e deveres anexos

ALÉM DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO CIVIL EM UMA ORDEM JURÍDICA PÓS-NACIONAL – ANÁLISE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE A ISONOMIA NOS CONTRATOS DE SEGURO

Autores

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Contato: rodolpho@pucminas.br

Daniella Bernucci Paulino

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenadora-Geral da Pós-Graduação a Distância da PUC Minas Virtual. Contato:

daniella.paulino@virtual.pucminas.br

Thiago Penido Martins

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Novos Horizontes.

Contato: thiagopenido@yahoo.com.br

RESUMO

A crise do pensamento jurídico incidiu de forma bastante incisiva sobre o direito civil, cuja dogmática foi idealizada em outro contexto histórico, econômico e social. Todavia, muito embora coerentes com as aspirações de sua época, os institutos civilistas mostraram-se inadequados aos anseios de uma sociedade que se beneficiava da lógica *welferista*, o que contribuiu para o desprestígio do próprio direito civil como instrumento ordenador das relações privadas. No Brasil, a Escola do Direito Civil-Constitucional talvez tenha sido a que mais envidou esforços para deslocar o eixo fundante do direito civil para a Constituição da República de 1988. No entanto, observa-se que essa pretensão já se encontra parcialmente superada, tendo em vista o surgimento de uma ordem jurídica pós-nacional, marcada pelo desenvolvimento teórico do transconstitucionalismo.

Palavras-Chave: Direito Civil – Escola do Direito Civil-Constitucional – Fundamento de Validade – Ordem Jurídica Pós-Nacional – Transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The crisis of legal thought fell upon Brazilian civil law, conceived in another historic, economic and social context. However, although consistent with the aspirations of its era, civil law proved to be inadequate to the expectations of a welfare society and this contributed to the discredit of civil law as an instrument of regulation private relationships. In Brazil, The Private-Constitutional School of Thought defended the constitution as the primary legal norm. However it is observed that this claim has already been partially overcome, given the emergence of a post-national legal order marked by the development of theoretical world constitutionalism.

Palavras-Chave: Civil Law - The Private-Constitutional School of Thought - Post-National Legal Order – World Constitutionalism.

1. Introdução

Pretende-se, neste trabalho, discutir qual seria o fundamento de validade do Direito Civil em uma ordem jurídica pós-nacional, caracterizada pelo esmorecimento da clássica ideia que associa a soberania nacional ao poder de editar as normas de cumprimento obrigatório em um dado território.

Muito embora não se defenda que os Estados Nacionais perderão a prerrogativa de estabelecerem normas de observância obrigatória no âmbito de seus respectivos territórios, a análise do direito comparado, especialmente do direito comunitário, permite inferir que, em certas situações, é admitido o recurso a normas jurídicas que não provém do Estado em que elas serão aplicadas, independentemente do processo de ratificação. É o que ocorre, e.g., com certas deliberações do Parlamento Europeu.

Nesse contexto, mostra-se parcialmente superada a tentativa dos teóricos ligados à Escola do Direito Civil-Constitucional de situarem, na Constituição da República de 1988, o fundamento central do direito civil. Ao contrário do que pregam, não é da tábua axiológica da Constituição que o direito civil haure a legitimidade de suas normas. Ao revés, a análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal evidencia que essa Corte já recorreu a tratados internacionais e a decisões de cortes constitucionais de outros países para fundamentar o seu entendimento, consagrando o denominado transconstitucionalismo.

Assim, por meio da análise da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do caso *Test-Achats*, pretende-se demonstrar que, em uma ordem jurídica pós-nacional, ou supra estatal, o fundamento de validade do direito civil pode ser encontrado além das fronteiras do Estado Nacional.

2. À la recherche du temps perdu – A contemporaneidade e a reelaboração do direito civil

Ao concluir a sua já clássica obra *História do Direito Privado Moderno*, WIEACKER afirmou que “os grandes períodos da história jurídica foram sempre constituídos por épocas nas quais a imagem do direito dos juristas estava consciente ou inconscientemente em consonância com a imagem da sociedade dominante nesse tempo” (2004, p.717), para, em seguida, acrescentar que a compreensão da sociedade contemporânea é fundamental para que se elabore uma dogmática civilista adequada aos novos anseios sociais.

A precisão teórica de WIEACKER confirmou o que já era percebido pelos operadores do direito: a inadequação dos institutos tradicionais do direito civil para enfrentarem os desafios impostos por uma sociedade altamente complexa. A disseminação dos ideais do Estado Providência colocou em xeque

o direito privado [concebido] como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral.

Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação (desde que na Europa ocidental e central o estado constitucional, em ligação com o patronato, deixou de privar as classes trabalhadoras da liberdade de associação). A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do direito privado: o direito subjetivo como poder de vontade, o negócio jurídico como ativação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas coletivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas (2004, p. 717).

A persistência desse modelo dogmático em uma sociedade com aspirações e ideais distintos daquela em que tal modelo foi forjado engendrou a crise do direito civil e a necessidade de reformulação de seu *ethos*. A dificuldade em compreender esse fato e as resistências ao redesenho do direito civil contribuíram para o desprestígio e descrédito desse ramo, fato que se acentuou ainda mais pela superação do papel político atribuído ao Código Civil pelo menos desde a Revolução Francesa.

2.1 O duplo papel do *Code*

Costuma-se apontar o Código Napoleão como o instrumento jurídico que inaugurou a ideologia do direito civil dos últimos dois séculos. E, realmente, ao conseguir impor em todo território francês uma única legislação civil, aplicável indistintamente a todos os seus habitantes, Napoleão demonstrou não apenas que conseguiu a centralização do poder como, também, a unificação do direito, que passou a ter no Estado a sua fonte primordial. Esse segundo papel, a propósito, não pode ter a sua importância relegada: o *Code*, mais do que um documento jurídico, foi um símbolo também político, pois representava a superação do *Ancien Régime* e a concentração dos poderes nas mãos do monarca.

Sobranceiros, os códigos civis assistiram incólumes à sucessão de textos constitucionais que se alteravam de acordo com as mudanças de regime político. Até que, finalmente, as constituições têm o seu poder normativo reconhecido e deixam de ser compreendidas como simples declarações de intenções. Ao contrário, passam a ser reconhecidas como o documento fundante de um Estado e, por conseguinte, como o fundamento de validade de todo o ordenamento infraconstitucional, que a elas deverão necessariamente se adequar. O esteio do Estado, assim, passa a ser a constituição, ficando os códigos relegados a um incômodo segundo plano.

No Brasil, apenas com a Constituição da República de 1988 é que esse fenômeno passou a ser realmente investigado, e o avanço teórico do constitucionalismo encontrava obstáculo na postura conservadora dos civilistas. Realmente, não foram

poucas as vozes que se levantaram contra avanços contidos no texto constitucional, sugerindo, por exemplo, que a igualdade entre os cônjuges vincularia apenas o legislador, não tendo o condão de alterar a estrutura legal estabelecida desde o Código Beviláqua.

2.2 A resposta brasileira à crise do direito civil

Por razões que ainda precisam ser devidamente estudadas, os civilistas brasileiros não aproveitaram a redemocratização para o aperfeiçoamento do direito civil, tal como fizeram os publicistas na sua área de conhecimento. O que se observou, pelo contrário, foi a rejeição de inovações trazidas pela Constituição de 1988, mantendo-se um sistema jurídico vinculado a um ideário não representativo dos anseios nacionais. Como exemplo da ausência de esforços para se reformular o *ethos* do direito civil brasileiro, basta verificar que, passados mais de vinte anos da promulgação da atual Constituição, ainda não há consenso teórico acerca do conteúdo jurídico da função social da propriedade.

Duas correntes teóricas, no entanto, se destacam na tentativa de oferecer à sociedade brasileira um sistema civil adequado a uma nova realidade: a Escola do Direito Civil-Constitucional e a Escola da Análise Econômica do Direito. Esta, na esteira dos trabalhos em *law and economics* já desenvolvidos em outros países, mas especialmente nos Estados Unidos da América, tem por foco a eficiência econômica, conceito que orientaria a elaboração e interpretação das normas jurídicas. Apesar de relativamente recente, a Escola da Análise Econômica do Direito tem se consolidado rapidamente em algumas instituições bastante prestigiadas; não obstante, os seus estudos ainda são vistos com desconfiança e, ao menos por enquanto, não se vislumbra que as soluções propugnadas por tal corrente teórica representariam o modelo de direito civil que a sociedade brasileira contemporânea desejaria ver implementado. Já a Escola do Direito Civil-Constitucional goza de uma existência mais longa e, por conseguinte, de uma maior penetração tanto nos meios acadêmicos quanto nos tribunais. E, muito embora algumas de suas teses sejam objeto de críticas bastante contundentes (SAMPAIO JR., 2009, *passim*), não se pode negar a importância de sua principal bandeira: a supremacia hierárquica e principiológica do texto constitucional sobre a legislação infraconstitucional.

É certo que aquele que há pouco se iniciou no estudo do Direito não se surpreende com a afirmação de que, na pirâmide normativa, as normas constitucionais estão no topo. Entretanto, o civilista moldado sob a égide do código civil como o centro do universo jurídico teve maior dificuldade em aceitar o “rebaixamento” dos códigos, motivo pelo qual se reconhece o papel de relevo desempenhado, nesse particular, pela Escola do Direito Civil-Constitucional.

2.3 O Supremo Tribunal Federal e o transconstitucionalismo

Possivelmente, as transformações pelas quais o constitucionalismo tem passado constituem o mais eloquente sinal da crise que o pensamento jurídico tem enfrentado no transcorrer do último século. De fato, da Constituição Americana de 1787 ao *soi-disant* movimento neoconstitucionalista, incorporaram-se ao ideário constitucional as constituições escritas, com elaborados rituais de elaboração e reforma; o primado de sua supremacia material e formal, além da atribuição de força normativa às suas normas; o controle de constitucionalidade das leis e o reconhecimento normativo da dimensão principiológica do direito (BULOS, 2011, P. 74-76).

Dentre o turbilhão teórico que revoluciona o constitucionalismo contemporâneo, pode-se mencionar o fenômeno denominado transconstitucionalismo (*world constitutionalism*, constitucionalismo de níveis múltiplos, interconstitucionalidade), que “opera entre ordens jurídicas de Estados diferentes” e se concretiza quando “ordenamentos distintos se interagem e somam esforços conjuntos para resolverem casos complexos e difíceis”, pois “para solucionar conflitos envolvendo direitos humanos, duas ou mais Cortes de Justiça, de Estados diferentes, rompem suas barreiras territoriais e abandonam o regionalismo em nome da conversação e do diálogo constitucional” (BULOS, 2011, P. 92-93).

É ainda BULOS quem apresenta as características do transconstitucionalismo:

- exige que o estudioso abandone, por completo, aquela ideia, haurida do constitucionalismo moderno, de que o conceito de constituição liga-se, exclusivamente, a determinado Estado, sem que daí seja preciso recorrer a outras constituições de outros Estados;
- Permite a externalização e a internalização de informações entre Estados, órgãos e atividades completamente diferentes, pela troca de experiências, conhecimentos, técnicas etc.;
- Duas ou mais ordens jurídicas de Estados distintos se entrelaçam, mantendo a independência inerente a cada uma;
- Fomenta a existência de pontos de transição entre ordens jurídicas, onde órgãos do poder de Estados diversos passam a se intercomunicar, solidificando relacionamento formais e informais (2011, p. 92-93).

A ideia subjacente ao transconstitucionalismo é a de ser possível aproveitar a experiência constitucional de outros países em temas universais, tais como os direitos humanos, pois

embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado geralmente a um texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras constituições (não estatais), mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes a direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções (NEVES, 2009, p. 240).

No Brasil, os teóricos constitucionalistas asseveram que o Supremo Tribunal Federal já teria se valido da experiência internacional em alguns julgados, dentre os quais pode-se destacar, no âmbito específico do direito civil, a decisão proferida no RE 349.703/RS, julgado em dezembro de 2008, que declarou a incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o Pacto de San José da Costa Rica. É interessante observar, do teor do acórdão, que se mencionou o entendimento precedente daquela Corte, consignado no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131, finalizado em novembro de 1995, para quem

a prisão civil do depositário infiel tem, na Constituição, o fundamento de sua autoridade e o suporte direto de sua validade e eficácia, não havendo como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedências a uma convenção internacional” (BRASIL, 2009, P. 690).

Pouco mais de uma década depois, o mesmo Supremo Tribunal Federal, com base no status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, alterou seu posicionamento e tornou inconstitucional a prisão civil do depositário (ainda que tenha decidido, nesse caso, que a legislação infraconstitucional é hierarquicamente inferior aos tratados, por isso não importaria se seria anterior ou posterior à incorporação do tratado internacional, fato é que o STF eliminou uma das hipóteses legais de prisão civil permitidas pela Constituição de 1988. Vale dizer, o tratado internacional, ao fim e ao cabo, derogou expressa disposição constitucional).

Também no julgamento da ADI 3.510/DF, ocorrido em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal, ao considerar constitucional o art. 5º. da Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, valeu-se da experiência internacional na fundamentação de sua decisão, tendo o mesmo ocorrido no julgamento da ADPF 132/RJ, em que se legitimou a união homoafetiva, e na decisão da ADPF 54, que tratou da interrupção voluntária da gravidez no caso de fetos com anencefalia.

Portanto, mais do que valer-se do direito comparado para um simples reforço retórico de uma tese jurídica, o Supremo Tribunal Federal valeu-se, em diversas oportunidades, de um verdadeiro diálogo com outros tribunais constitucionais, transplantando “o conhecimento haurido de outros ordenamentos para o nosso” (BULOS, 2011, P. 96).

3. O Caso *test-achats* e a eficácia direta do princípio da igualdade nos contratos de seguro

A Diretiva 2004/113/CEⁱ, editada pelo Conselho da União Europeia em 13 de dezembro de 2004, visa a aplicar o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Apesar de expressamente estabelecer que

qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação. Quem forneça bens ou preste serviços pode ter razões subjetivas para a escolha do outro contraente. Desde que essa escolha não se baseie no gêneroⁱⁱ, a presente diretiva não prejudica a liberdade de cada um nessa escolha,

percebe-se que houve a intenção de evitar a discriminação em função do gênero, proibindo-se tanto a discriminação direta (“ocorre quando, em função do gênero, uma pessoa for sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa em situação equivalente”) quanto a indireta (“sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de um dado gênero numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas de outro gênero, a não ser que essa disposição, critério ou prática se justifique objetivamente por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”).

No caso específico dos contratos de seguro, o art. 5º. da Diretiva determinou que “em todos os novos contratos celebrados, o mais tardar, depois de 21 de Dezembro de 2007, a consideração do gênero enquanto fator de cálculo dos prêmios e das prestações para efeitos de seguros e outros serviços financeiros não resulte, para os segurados, numa diferenciação dos prêmios e prestações”. O item 2 do aludido artigo, contudo, excepcionou a regra geral, ao permitir “diferenciações proporcionadas nos prêmios e benefícios individuais sempre que a consideração do gênero seja um fator determinante na avaliação de risco com base em dados atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos”. Todavia, depois de cinco anos a conveniência de se manter tal exceção deveria ser objeto de novo exame por parte dos Países-Membros que decidiram adotá-la.

A exceção do item 2 do art. 5º. permitiu que as seguradoras de grande parte dos países da União Europeia continuassem a utilizar a discriminação de gênero como critério diferenciador de prêmios e prestações. Todavia, o gênero como critério discriminatório nos contratos de seguro não foi aceito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, apesar de existir expressa disposição legal em tal sentido.

Com efeito, no julgamento do processo C 236/09, em que a *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* questionava a decisão da Corte Constitucional da Bélgica que reconheceu a legalidade da lei belga que incorporou os preceitos da Diretiva 2004/113/CE, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a prorrogação por prazo indeterminado da exceção à regra insculpida no art. 5º. da

Diretiva 2004/113/EU violava a igualdade de tratamento entre homens e mulheres propugnada pela Diretiva 2004/113/EU, e declarou a invalidade do artigo 5º, n.º 2, da aludida Diretiva, proibindo que as seguradoras, a partir de 21 de dezembro de 2012, continuassem adotando o fator gênero para fins de diferenciação do valor dos prêmios e prestações nos contratos de seguroⁱⁱⁱ.

Para fins deste trabalho, o caso interessa tendo em vista duas peculiaridades: primeiro, porque evidencia como, no direito europeu, já se pode falar em normas supra-estatais, emanadas do Conselho da União Européia e, segundo, porque demonstra que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem o poder de efetivamente invalidar as normas estatais contrárias às Diretivas. Ainda que se sustente que as Diretivas têm que ser incorporadas aos ordenamentos estatais, o caso *test-achats* demonstra que o poder legiferante estatal, compreendido como manifestação da própria soberania, já encontra, na prática, limitações supra-estatais inaceitáveis sob a ótica do constitucionalismo tradicional.

Portanto, demonstra-se, mais uma vez, que o fundamento de validade do direito civil cada vez mais se distancia da esfera estatal, encontrando em elementos supra-nacionais a sua última *ratio*. Quem sabe esse não é o prenúncio de um novo *ius commune*...

4. Conclusões

Em 28 de junho de 2012, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou a constitucionalidade do *Patient Protection and Affordable Care Act*, que impôs o dever individual de contratar um seguro-saúde que assegure uma cobertura mínima (*minimum essential health insurance coverage*), sujeitando aquele que não o fizer ao pagamento de uma sanção pecuniária ao *Internal Revenue Service*. A extensa decisão da Corte analisou profundamente a permanente tensão entre a liberdade individual e os limites do poder estatal, expondo o fenômeno que, nos países pertencentes à tradição jurídica romano-germânica, é conhecido como crise da dicotomia direito público – direito privado.

As causas e efeitos dessa crise constituem um dos objetos principais dos estudos dos privatistas contemporâneos. Afinal, após perder o papel central que desempenhava na estrutura jurídica dos países de tradição romano-germânica, foi necessário repensar a fundamentação do próprio direito civil, papel que no Brasil foi desempenhado pela denominada Escola do Direito Civil-Constitucional.

Muito embora se possa discordar de algumas posições teóricas defendidas pela Escola do Direito Civil-Constitucional, não se pode retirar-lhe o mérito de ter procurado adequar o direito civil à ordem jurídica constitucionalizada, procedendo à releitura de seus tradicionais institutos à luz da moldura constitucional. Ocorre, porém, que já se faz necessário dar um passo além no estudo do direito civil, como se percebe pelo estudo do direito comparado, nomeadamente pelo estudo do direito privado europeu e da recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da eficácia do direito fundamental à igualdade nos contratos de seguro.

Observa-se ser possível falar-se em uma ordem jurídica pós-nacional, que encontra as suas fontes não apenas nas normas estatais, mas também nas diretivas da União Europeia, nos tratados internacionais e em decisões de outras cortes constitucionais, caracterizando o fenômeno denominado transconstitucionalismo. Mesmo no Brasil já se verifica essa tendência, tendo o Supremo Tribunal Federal baseado o seu entendimento em considerações similares feitas por outros tribunais constitucionais.

Assim, no presente trabalho, pretendeu-se demonstrar que o direito civil brasileiro encontra-se pronto para, além do que pretendia a Escola do Direito Civil-constitucional, buscar o seu fundamento de validade no contexto de uma ordem jurídica pós-nacional.

5. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 349.703/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Gilmar Mendes. 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça da União**, p. 675-876, 05 jun. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SAMPAIO JR., Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ⁱ Disponível em <http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202004-113.pdf>. As citações realizadas neste item, quando não forem expressamente excepcionadas, referem-se à Diretiva 2004/113/EU.

ⁱⁱ No texto original, a referência é ao sexo. Todavia, considerando que a palavra gênero, ao menos na teoria brasileira, é mais adequada, procedeu-se à substituição da palavra “sexo” pela palavra “gênero”.

ⁱⁱⁱ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0236&lang1=en&type=NOT&ancre=>