



DIREITO E CONSTITUIÇÃO

ORGANIZADORES ◦ JAILSON ALVES NOGUEIRA ◦ LAURO GURGEL DE BRITO





DIREITO E CONSTITUIÇÃO

ORGANIZADORES ◦ JAILSON ALVES NOGUEIRA ◦ LAURO GURGEL DE BRITO





Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Reitora

Cicília Raquel Maia Leite

Vice-Reitor

Francisco Dantas de Medeiros Neto

Diretor da Editora Universitária da Uern – Eduern

Francisco Fabiano de Freitas Mendes

Chefe do Setor Executivo da Editora Universitária da Uern – Eduern

Jacimária Fonseca de Medeiros

Chefe do Setor de Editoração da Editora Universitária da Uern - Eduern

Emanuela Carla Medeiros de Queiros



Conselho Editorial da Edições Uern

Edmar Peixoto de Lima

Filipe da Silva Peixoto

Francisco Fabiano de Freitas Mendes

Isabela Pinheiro Cavalcanti Lima

Jacimária Fonseca de Medeiros

José Elesbão de Almeida

José Cezinaldo Rocha Bessa

Maria José Costa Fernandes

Kalidia Felipe de Lima Costa

Regina Célia Pereira Marques

Capa e Diagramação

Débora Bruna Félix Gomes

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Direito e Constituição [recurso eletrônico]. /

Jailson Alves Nogueira, Lauro Gurgel de Brito (orgs.). – Mossoró, RN:Edições UERN, 2023.

118 p.

ISBN: 978-85-7621-405-2 (E-book).

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. Direito Privado. 4. Constituição de 1988. I. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. II. Título.

UERN/BC

342 CDD



SUMÁRIO

6

APRESENTAÇÃO

8

**A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A FORMAÇÃO DE
UMA IDENTIDADE POLÍTICA NO OCIDENTE**

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo

23

**COTAS ÉTNICO-RACIAIS NA UERN: PERCURSO DE UMA
POLÍTICA PÚBLICA EM CONSTRUÇÃO**

Francisco Cavalcante de Sousa; Lauro Gurgel de Brito

41

**O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Emanuel de Melo
Ferreira





58

**A POLÍTICA TRIBUTÁRIA COMO INDUTORA DO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO AMBIENTALMENTE
SUSTENTÁVEL: PRIMEIROS PASSOS DA TRIBUTAÇÃO
VERDE NO BRASIL**

Pâmela Náide de Alencar Souza; Humberto Henrique Costa
Fernandes do Rego

77

**O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA BREVE
ANÁLISE PARA ALÉM DO VÍNCULO PARENTAL NA
REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA**

Rosângela Viana Zuza Medeiros

100

**NEGATIVA DE PAGAMENTO DAS SEGURADORAS: ANÁLISE
DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

Héricka Janine Linhares de Vasconcelos Peixoto; Edmar Eduardo
de Moura Vieira



APRESENTAÇÃO

Este livro reúne trabalhos resultantes de reflexões acerca de temas que, *a priori*, não possuem vinculação entre si, mas que, pela forma como são abordados, aproximam-se na dimensão da constitucionalização dos direitos (no plural mesmo!). Já não é mais novidade o fato de que todo o sistema jurídico precisa ser lido e interpretado à luz da Constituição.

De sorte que, mesmo aqueles assuntos que não ingressam no campo do direito público, por serem ligados às relações privadas, precisam ser filtrados e só serão válidos se forem compatíveis com as determinações constitucionais. Os argumentos trazidos nestes ensaios têm uma assumida feição constitucionalizada, estão imbuídos de valores difundidos na Constituição de 1988, seja porque se comunicam com os direitos fundamentais, seja porque se preocupam com a formação crítica das pessoas.

De fato, isso se revela presente na análise da relação entre democracia e política na formação de uma identidade ocidental (Capítulo I). A cultura, os hábitos, os costumes, crenças e ideologias no mundo ocidental, tudo isso tem padrão e alicerce na legitimidade popular, inerente aos regimes constitucionais democráticos. Assim, a formação político-jurídica na democracia representa uma linha cultural que aproxima povos europeus e americanos, apesar das diferenças entre si.

Não menos próximo da Constituição, emerge o debate acerca das ações afirmativas, em especial dos sistemas de cotas étnico-raciais de promoção do acesso de minorias ao ensino superior no Brasil (Capítulo II). Essa discussão permeia a noção de igualdade material ou discriminação positiva e se revela na forma de políticas públicas que buscam compensar a histórica exclusão da população afro-brasileiros e lhe proporcionar novas perspectivas de vida.

A proposta de um ensino participativo nas aulas sobre controle de constitucionalidade (Capítulo III) é, ao mesmo tempo, uma estratégia educacional de favorecimento ao protagonismo e à argumentação discentes, e uma importante ferramenta para uma leitura crítica do Direito, em particular do vigente projeto constitucional.

Além disso, a proposta no sentido da adoção de políticas fiscais no Brasil com vistas a induzir um padrão de desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável, aqui tratado como tributação verde (Capítulo IV), ainda que seja um tema em transição, merece nossa

atenção, tendo em vista o potencial que detém para contribuir na promoção de um meio ambiente mais saudável.

As reflexões sobre o conhecimento da origem genética nos casos de reprodução humana medicamentem assistida e as consequentes questões éticas e legais têm forte aderência aos direitos fundamentais (Capítulo V) e grande impacto na sociedade e no direito constitucional, inclusive.

Por fim, as questões relativas ao não pagamento de seguros pelas seguradoras (Capítulo VI) estão constitucionalizadas, bastando ver a relação das hipótese (inadimplência do prêmio, agravação intencional do risco, com destaque para o consumo de álcool e o uso de drogas, o suicídio e as alegações inverídicas e omissões influentes do segurado) com os direitos de liberdade e de propriedade numa sociedade de riscos.

Cada autor e cada autora desta obra coletiva procurou contribuir aqui com luta por uma visão interdisciplinar e crítica do Direito. Esse processo começa pela aproximação ou filtragem dos direitos à Constituição. E, assim, é feito o convite à leitura dos textos. Eles têm muito a nos ensinar.

OS ORGANIZADORES



01

A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE POLÍTICA NO OCIDENTE

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo

A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE POLÍTICA NO OCIDENTE

1

THE IMPORTANCE OF DEMOCRACY FOR THE FORMATION OF A POLITICAL IDENTITY IN THE WEST

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo¹

Resumo

A identidade cultural de um povo representa o seu traço característico, a sua expressão mais eloquente, o símbolo dos hábitos, dos costumes, das crenças, das ideologias, do padrão social e da organização político-jurídica. A abordagem deste trabalho busca demonstrar que o projeto político ocidental tem na legitimidade popular, portanto, na democracia, sua grande arena de debate político, e essa realidade projetou, inevitavelmente, um alinhamento político-jurídico entre a maioria dos estados encravados a oeste da linha cultural que identifica o ocidente. A ideia central do artigo é demonstrar que a democracia (baseada na vontade popular), na linguagem política ocidental, acabou por unificar uma ideia de organização social fulcrada em postulados que a identifica como matriz da legitimidade política do Ocidente, ainda que com variações particularistas quanto a forma e ao conteúdo.

Palavras-chave: Democracia; identidade política; soberania popular.

Abstract

The cultural identity of a people represents its characteristic trait, its most eloquent expression, the symbol of habits, customs, beliefs, ideologies, social standards and political-legal organization. The approach of this work seeks to demonstrate that the western political project has in popular legitimacy, therefore, in democracy, its great arena of political debate, and this reality inevitably projected a political-legal alignment between most of the states located west of the line culture that identifies the West. The central idea of the article is to demonstrate that democracy (based on the popular will), in Western political language, ended up unifying an idea of social organization based on postulates that identifies it as the matrix of political legitimacy in the West, albeit with particularistic variations regarding the form and content.

Keywords: Democracy; political identity; popular sovereignty.

¹ Doutorando em Direito e Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Público pela *Mater Christi*. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Advogado.

INTRODUÇÃO

A identidade cultural de um povo representa o seu traço característico, a sua expressão mais eloquente, o símbolo dos hábitos, dos costumes, das crenças, das ideologias, do padrão social e da organização político-jurídica. Proclama o formato das relações familiares, profissionais e éticas, bem como de relacionamento perante a comunidade internacional. Enfim, assenta a radiografia geral de uma comunidade, dentro da particularidade e historicidade inerente a cada civilização.

Sem pretender fazer uma análise profunda das características culturais de cada povo, até porque esta não é a proposta deste trabalho, mas observando, dentro de uma visão meramente empírica, o traço que distingue um determinado povo de outro, poder-se-ia pincelar que a organização social coletiva e tribal é marca dos povos primitivos; os gregos antigos tinham a política como fator de distinção de sua sociedade; os romanos encontravam nas conquistas e na formação militar a linha característica de sua cultura; em tempos mais remotos, os portugueses eram sinônimos de grandes navegadores; os ingleses de mercadores; aos franceses a sofisticação; aos americanos a praticidade e a organização político-jurídica; o consenso social certamente representaria o brasileiro, parando, portanto, nestes exemplos, para não desvirtuar a pretensão do estudo.

Essas rápidas referências buscam demonstrar que a complexidade das relações sociais experimentada por cada povo, no curso da História, são impressões digitais da forma de organização sócio-política vivida por eles, particularizando, assim, o modo de ser e estar de cada um.

Todavia, malgrado essa identidade os individualizem, demonstrando o vanguardismo de uns e a tradicionalismo de outros, o viés militar ou postura pacífica, a preponderância política ou a sofisticação social, enfim as idiosincrasias de cada qual, não resta dúvida que todos os ocidentais, especialmente os de matizes europeia e americana, têm uma linha cultural que os aproximam e os fazem filhos do mesmo tronco civilizatório, é dizer a formação político-jurídica na democracia.

É a democracia a linguagem que faz gregos entenderem o latim, insulares conviverem com continentais, *common law* influenciar e receber influência do romano-germânico, enfim é a cultura democrática que permite a superação das particularidades, para a formação de uma identidade político-jurídica transnacional ocidental, de base axiológica e ética fundada na soberania popular.

Esse alinhamento remonta o surgimento da ideia de Ocidente e Oriente, quando os gregos resistiram bravamente aos avanços militares persas (490 a.C.), sob o comando de Dario e, posteriormente, de Xerxes, e afastaram a “ameaça oriental”, definindo, desde então, o sentimento de Ocidente e Oriente. O entrelaço cultural levou ambos os lados a ignorar os valores um do outro, por entenderem exóticos, permitindo, com isso, que a democracia ateniense florescesse com maior relevância no Ocidente. As consequências desse fato histórico, foi o surgimento da cultura política racional nos povos identificados, geográfica e politicamente, com os fundamentos da Grécia antiga.

Não se está afirmando que houve uma sedimentação calculada e progressiva da cultura democrática ateniense até os dias coevos, antes apenas pontuando que, a experiência da antiga Atenas serviu de farol para a construção das bases da democracia ocidental moderna, a partir de uma reflexão que entendia o poder como produto da vontade popular, logo da cultura dos povos, e não como apanágio de um legado transcendental, que escolhia determinado grupo social como proprietário absoluto do poder político.

Outro ponto que merece atenção para se compreender a reflexão traçada nestes escritos, é que ele não enfrentará a discussão travada por alguns autores culturalistas, a exemplo de Montesquieu e Rousseau, que afirmavam a necessidade de determinados arranjos sociais como fator nuclear para o desenvolvimento institucional, especificamente, da democracia. Em verdade, a ideia central do artigo é demonstrar que a democracia (baseada na vontade popular), na linguagem política ocidental, acabou por unificar uma ideia de organização social fulcrada em postulados que a identifica como matriz da legitimidade política do Ocidente, ainda que com variações particularistas quanto a forma e ao conteúdo.

Nesse enredo, o presente trabalho demonstrará a influência da democracia na formação de uma identidade política no Ocidente, refletindo, nesse diapasão, como o principal traço de união entre povos de etnias e costumes diversos.

Por se tratar de artigo, não pretendem os autores exaurirem o tema, mas apenas apresentar o elo dessa cultura ocidental, por via da democracia, e deixar a reflexão sobre um elemento que tem permitido o surgimento, mas do que em qualquer outro lugar do planeta, de comunidades transnacionais.

1 DEMOCRACIA COMO IDENTIDADE POLÍTICA DO OCIDENTE

“A democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas”. Esta frase, cunhada pelo estadista inglês Winston Churchill, há oito

décadas, esmerou a importância e os limites políticos da democracia para o mundo civilizado, mormente para a formação de uma identidade político/cultural que vem aprimorando diuturnamente o poder como reflexo da vontade soberana e inalienável do povo.

Importante reafirmar, mais uma vez, que o presente trabalho não enfrentará as teses culturalistas para a formação da ideia de democracia, não sendo, portanto, proposta de os autores radicar o fenômeno da democracia, vista em sua fase de estruturação, dentro de uma perspectiva cultural ou, doutro modo, anticulturalista. A observação radicar-se-á em demonstrar que, a história política dos últimos três séculos dos povos denominados ocidentais apresenta um laço comum, pelo menos de forma hegemônica, centrado na ideia de organização sócio-política fundada na democracia, repita-se, com as variantes e os particularismos de cada nação. Portanto, não será enfrentada a causalidade da democracia, mas apenas a identidade que, no ocidente, os estados tem buscado estabilizar seus sistemas internos a partir da legitimidade do poder pela soberania popular.

Com efeito, o poder é a forma por excelência de expressão da vontade do homem, enquanto ser pertencente a uma coletividade politicamente organizada. É através do poder político que a sociedade contemporânea, vista dentro da particularidade de cada nação, tem mobilidade e autoridade e, dessa forma, independência e respeito na comunidade internacional.

As sociedades primitivas, sobretudo as que preexistiram ao desenvolvimento da escrita, não tinham a noção de vontade política como forma de expressão soberana da aspiração popular. Desconheciam, por tal motivo, a concepção de comunidade organizada por meio de um complexo de normas jurídicas delimitadoras de condutas e disciplinadoras de interesses. Por conseguinte, as relações sociais desses tempos eram estribadas por laços puramente instintivos, especialmente pela necessidade constante de sobrevivência, já que o homem ainda não havia sacramentado sua superioridade, como ser que age sob o influxo da razão, no mundo animal.

Sabe-se que as primeiras sociedades, estruturadas em clãs, não eram organizadas politicamente, ou seja, não existia um território delimitado, uma estrutura administrativa com competências e hierarquias, nem muito menos exército ou opressores e oprimidos.

Os meios de produção eram coletivos, dispensando cada indivíduo seu esforço pessoal para servir a toda a comunidade. Em face disso, o que era gerado em decorrência da atividade produtiva, até então consubstanciada na caça e na pesca, servia para satisfazer as necessidades essenciais de toda a tribo, de modo que não havia razão para estoques de excedentes de bens.

As obrigações eram divididas de acordo com as características de cada um, ficando para os homens a obrigação de caçar e pescar, vez que eram dotados de maior vigor físico, enquanto as mulheres cuidavam da prole e do bom relacionamento na comunidade.

A sociedade gentílica é um exemplo desses tempos, quando o homem ainda não convivia diante da polarização de dominantes e dominados, opressores e oprimidos. A dificuldade a ser vencida, em face disso, era relacionada unicamente com as forças naturais.

Friedrich Engels denomina essa fase de estado selvagem, por representar a “infância do gênero humano”. Para o autor, “os homens permaneciam, ainda nos bosques tropicais ou subtropicais e viviam, pelo menos parcialmente, nas árvores” (ENGELS, 1991, p. 22).

Demoraria alguns milênios para os primeiros registros históricos da vida humana serem forjados, e outros poucos para o surgimento da noção de democracia, experiência que só ocorreria pelas mãos dos antigos gregos.

Nesse ensejo, a democracia, como exercício do poder político pelo povo, data de aproximadamente 500 anos a.C, especificamente na Cidade/Estado de Atenas, apresentando uma forma peculiar de gestão da coisa pública, fulcrada na vontade da maioria dos cidadãos atenienses.

Para Péricles, a quem é atribuído a paternidade da democracia, ela se expressaria como um modelo baseado na virtude e não no privilégio, vez que fundada na concepção de liberdade, igualdade e participação popular:

Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a república outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada aos estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem, sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos para vencer, não em preparativos mistérios, nem em ardis e estratégias, senão em nosso valor e em nossa inteligência (VIAMONTE, 1959, p. 186).

Com efeito, o processo de aprimoramento da democracia vem sendo objeto de preocupação e de discussão desde aqueles tempos, já que o modelo idealizado, de forma genuína, pelos gregos, instituiu uma forma de gestão pública em que os cidadãos, reunidos no Ágora, que era uma espécie de assembleia popular, decidiam toda a matéria de interesse público. Era uma forma de democracia direta, exercida imediatamente, sem a necessidade de

representantes, em que os cidadãos praticavam a plena soberania legislativa, executiva e judicial.

Como se sabe, foram os atenienses clássicos os primeiros a estabelecer um governo gerenciado pela força da soberania popular, em que pese o seu sentido de democracia fosse resumido ao conceito de cidadania que tinham, ou seja, apenas aquelas pessoas consideradas cidadãs de Atenas, o que representava uma ínfima minoria de homens livres, podiam participar das assembleias públicas.

Com o apogeu do grande Império Romano, e a prática do cesarismo como forma de governo por excelência dos imperadores latinos, os ideais democráticos atenienses imergiram no esquecimento por mais de um milênio, em que pese alguns de seus institutos terem sido consagrados, de forma muito tímida ainda no Império dos Césares, onde se estabeleceram mecanismos de interditos, visando assegurar os direitos individuais em face do arbítrio estatal.

A Lei das XII Tábuas foi, efetivamente, um texto escrito que consagrou a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos dos cidadãos. Talvez tenha sido o primeiro documento histórico a assegurar princípios substancialmente democráticos. O veto do tribuno da plebe, contra ações injustas dos patrícios em Roma e a lei de Valério Públicola (para muitos o antecedente legítimo do *habeas corpus*), que proibia penas corporais contra cidadãos, também foram exemplos de institutos democráticos no Império Romano.

Contudo, foi na Idade Média que, efetivamente, os princípios democráticos voltaram a inspirar o Velho Continente, surgindo, nesta época, vários documentos jurídicos que visaram proteger os cidadãos dos abusos praticados pelos denominados reinos absolutistas europeus. Apareceram as leis fundamentais do Reino, vindas da Grã-bretanha, que limitava o poder do monarca; os pactos, os forais e as cartas de franquias, que protegiam direitos individuais. O mais conhecido de todos esses documentos foi a *Magna Charta Libertatum* da Inglaterra, assinada em 15 de junho de 1215. De natureza feudal e não constitucional, ela teve como finalidade proteger somente os barões e os homens livres.

A Magna Carta, outorgada por João sem Terra, garantiu, dentre outras, a liberdade da Igreja da Inglaterra; restrições tributárias; proporcionalidade entre delito e sanção; previsão do devido processo legal; livre acesso à justiça; liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Além da *Magna Charta Libertatum*, a Inglaterra elaborou outros estatutos assecuratórios dos direitos fundamentais (incipientes da democracia) como a *Petition of Rights* de 1628 (carta elaborada pelos membros do parlamento, e dirigida ao monarca, que pedia o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos de sua majestade); o *Habeas*

Corpus Amendment Act de 1679 (reforçou as reivindicações de liberdade, enfatizando as liberdades individuais e suprimindo as prisões arbitrárias) e o *Bill of Rights* de 1689 (afirmação da supremacia do parlamento e surgimento da monarquia constitucional Inglesa submetida à soberania popular). Não são declarações tão modernas quanto as que surgiram no século XVIII, especialmente com as Revolução Americana e Francesa, pois se baseavam mais em regras consuetudinárias e voltadas para os estamentos sociais nobiliárquicos. Porém, serviram como embriões históricos da democracia, como único e legítimo meio de exercício do poder político.

Maquiavel, através de *O Príncipe*, reproduziu, dois séculos antes das Revoluções Americana e Francesa, a substância dos princípios democráticos para uma sociedade politicamente soberana, expondo em suas reflexões que:

quando se conquistam estados que se governam por suas próprias leis e vivem em liberdade, (...) quem se tornar senhor de uma cidade acostumada à liberdade e não a destruir, não há dúvida, será destruído pelo seu povo. Essas cidades, na rebelião, terão sempre como bandeira o facho da liberdade e suas antigas leis, que não esquecem por mais que o tempo passe e por mais benefícios que recebam (MACHIAVELLI, 2005, p. 41).

John Lock, no século XVII, já enfrentava a legitimidade do poder por via de escolha soberana do povo. Afirmava, então:

Quando certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam, de fato, fazendo parte dela e formando um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos.

Quando certo número de homens constituiu uma comunidade através do consentimento individual de todos, fez com isso, dessa comunidade, um corpo com o poder de agir como um corpo, o que apenas ocorre pela vontade e resolução da maioria.

(...)

E assim o indivíduo, concordando com outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com os demais membros dessa sociedade de submeter-se à resolução que a maioria decidir.

O Século XVIII, por seu turno, mostraria para o mundo, através dos ideais albergados na doutrina de filósofos como Rousseau e Montesquieu, dentre outros, que a soberania popular, materializada através de um regime político democrático, deveria ser o caminho natural das nações civilizadas, vez que o fundamento de todo o poder político estaria na expressão soberana do povo e não numa hipotética dádiva da transcendência divina.

Ditos princípios serviram de escabelo para a Declaração de Direito do Bom Povo da Virgínia, em 12.01.1776, que foi uma das treze colônias inglesas na América a declarar a sua independência do Reino Unido, e para a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de autoria de Thomas Jefferson, que, juntos, constituíram os primeiros documentos políticos autênticos a assegurarem os princípios democráticos, fundados na soberania popular, como fundamento de um Estado de Direito. Alguns dos ideais insculpidos nestes documentos foram: a liberdade, a igualdade, a soberania do povo, a separação do poder executivo e do poder legislativo do judiciário, eleições livres e periódicas, a defesa nos processos criminais, vedação de multas e castigos cruéis, liberdade de credo, etc.

José Afonso da Silva resume o significado dessas declarações quando diz:

a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do parlamento (SILVA, 1996, p. 154).

A Declaração Norte Americana (1787), dependeu, para entrar em vigor, da ratificação de pelo menos nove, dos treze Estados independentes, e para tanto foi exigida a incorporação de uma carta de direitos, em que era garantido o fundamento do Estado americano, com previsão de direitos como a liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, direito de petição, garantia do direito de propriedade, etc.

Enquanto a América conseguia reconhecimento internacional em razão da separação anunciada do Reino Unido, a Europa fervilhava com a queda da Bastilha, símbolo da Revolução que universalizou os princípios democráticos da liberdade, igualdade e fraternidade.

Não se pode negar que a decapitação da Idade Média, com a queda do Absolutismo – referência à inexistência da separação de poderes, permitindo que o monarca concentrasse todas as funções do poder político –, fertilizou a sociedade francesa para o surgimento de uma nova era, cujo pálido das discussões circundava em valores que buscava resgatar os padrões axiológicos da antiguidade clássica, ou seja, a razão como fonte de todo o poder temporal.

Certamente, o grande pilar ideológico para o resgate desses valores históricos e o principal levante filosófico do Estado moderno, foi o movimento iluminista surgido na Europa entre os Séculos XVII e XVIII, sobretudo pela defesa intransigente da ideia de que o homem deveria ser o centro das discussões políticas e o único veículo legítimo do poder.

Ditos vetores sociais serviram de prumo para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Assembleia Constituinte Francesa em 1789, quando foi proclamada a plena libertação do homem do “julgo totalitário feudalista”. No seu texto foram consagradas a liberdade, a igualdade, a propriedade e a legalidade, a despeito de restringir ou até mesmo ignorar outras tantas categorias de direitos essenciais ao exercício democrático da cidadania, a exemplo das liberdades de reunião e associação, demonstrando, assim, a perspectiva individualista do novo regime.

As declarações do Século XX, por sua vez, expressaram com clareza o universalismo (direitos fundamentais se estende a todos) e o socialismo (defesa dos direitos ligados ao social, notadamente de proteção ao trabalho).

Todos esses documentos políticos serviram de base para a formação de um modelo de organização político-jurídico-social baseado, por um lado, na força do direito estatal como vetor de pacificação dos conflitos, e, noutra ponta, da legitimidade do poder por via da democracia, vista como expressão máxima da vontade popular.

A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são demonstrações da ideia de universalização desse modelo de organização política, notadamente pelo impacto que tais documentos provocaram no direito constitucional e na estruturação social dos estados ocidentais.

Importante frisar que, a despeito do embricamento da cultura política ocidental com a democracia, ela não é uma fórmula finalizada, nem um modelo único na vivência dos estados ocidentais, já que cada realidade nacional apresenta uma forma de organização social própria, com suas vicissitudes e particularidades construídas a partir de valores de cada sociedade. Todavia, é possível verificar que os estados ocidentais têm desenvolvido, com maior ou menor eficácia social, um modelo de estruturação político-jurídico em que a legitimação do poder advém da soberania popular, mesmo nos estados monárquicos, que sofreram profunda remodelação estrutural, com a adoção do sistema parlamentarista de governo.

Para Norberto Bobbio, a tradição democrática-liberal sedimentou-se por via de um catálogo de preceitos estruturantes, “mais ou menos amplo”, de “procedimentos universais”, denominado pelo autor de regras do jogo (BOBBIO, 1986, p. 326-327).

Esse elenco de preceitos, para Bobbio, seriam:

- 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os

órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo os critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo (BOBBIO, 1986, p. 326-327).

Pois bem, a tábua estabelecida por Bobbio, como indicativo de um estado democrático, é perceptível, em maior ou menor profusão, nos estados ocidentais, com as exceções que a realidade social possa elencar. Contudo, é impossível deixar de reconhecer que esse arquétipo político-jurídico traçado por Bobbio é a pedra angular da grande maioria dos estados ocidentais, quando analisada suas estruturas políticas, jurídicas e sociais.

Para Bobbio, não há necessidade, para que um país seja reconhecido com democrático, que todo esse inventário esteja presente em sua realidade político-social. Entrementes, o grau de maturação de uma democracia, para o autor, é proporcional à quantidade de procedimentos universais que ela tiver adotado.

Com efeito, malgrado o approach do texto busque demonstrar a democracia como um campo de ideia hegemônica para os estados ocidentais, não pretende afastar, ou diminuir de algum modo, o impacto desse fenômeno também no oriente, com exemplos largos de adoção de modelos político-jurídicos baseados na soberania popular na realidade de inúmeras nações orientais, a exemplo da Coreia do Sul, do Japão, da Austrália, dentre outros.

Radicar a abordagem no ocidente, visa apenas demonstrar que esse modelo de democracia-liberal, baseado na adoção dos procedimentos universais traçados por Bobbio, encontrou mais receptividade no ocidente do que no oriente, notadamente por ser um modelo construído a partir da concepção de sociedade dos povos ocidentais.

Desse modo, enquanto o ocidente palmilhava um caminho em que a legitimidade do poder se baseava na vontade popular e era exercido através de instituições políticas estruturadas pelo direito, o oriente, de forma hegemônica, manteve sua tradicional

organização político-social, com o poder fundado na força transcendental de seus líderes – repita-se à exaustão, com as exceções observadas pelas realidades sociais de algumas nações.

A democracia, portanto, constitui um valor superior no processo civilizatório, caracterizando o modelo por excelência de exercício do poder no Estado moderno.

Canotilho refere-se a democracia como alicerce do estado constitucional que, através da soberania popular, materializa-se socialmente. Segundo o autor, o princípio da soberania popular sedimenta-se em quatro dimensões, a saber:

o domínio político – o domínio de homens sobre homens; a legitimação do domínio político – só pode derivar do próprio povo; o povo – titular da soberania ou do poder; a soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo; constitucional material, formal e procedimentalmente legítima (CANOTILHO, 1995, p. 419-419).

Essa análise pode ser percebida em Alexis de Tocqueville, quando afirma que nos Estados Unidos da América quem governa é o povo:

Na América, o povo designa aquele que faz a lei e aquele que a executa. Constitui, ele próprio, também, o júri que pune as infrações à lei. As instituições não são democráticas apenas em princípio, mas em todas as suas manifestações práticas. Assim, o povo indica diretamente seus representantes e os escolhe periodicamente, a fim de tê-los sob sua dependência mais completa. É, pois, o povo que verdadeiramente governa (TOCQUEVILLE, 1998, p. 101).

É bem verdade que os Estados Unidos da América não representam um modelo planejado de organização democrática, quando analisada as demais nações que compõe o bloco ocidental. Até pela sua longa vivência constitucional democrática, verifica-se que é uma realidade única na história do Estado moderno/contemporâneo. Todavia, o que a abordagem deste trabalho busca demonstrar é que, o projeto político ocidental tem na legitimidade popular, portanto, na democracia, sua grande arena de debate político, e essa realidade projetou, inevitavelmente, um alinhamento político-jurídico entre a maioria dos estados encravados a oeste da linha cultural que identifica o ocidente.

Deve-se registrar que, malgrado a ideia de legitimidade popular do poder seja uma argamassa que sedimentou uma identidade política no ocidente, com a ascensão do Estado moderno/contemporâneo, a história tem testemunhado experiências políticas anacrônicas a esses postulados no curso dos acontecimentos. Várias nações ocidentais, em épocas determinadas, tergiversaram com a soberania popular, para experimentarem o exercício do

poder através da força. Os exemplos são variados na América Latina, na África e, especialmente, na Europa, sempre lembrada pelo nazifascismo da primeira quadra do século XX.

Em vez de força, a democracia tende ao consenso, pois fundada em princípios universais radicados na valorização do homem, enquanto ser individuado, e do cidadão, visto como componente social. Portanto, o debate público, em toda decisão política, racionaliza o poder e legitima a resposta social.

Claudio Pereira de Souza Neto, introduzindo sua análise sobre o constitucionalismo democrático e governo das razões, assinala que a democracia, para além do processo de escolha de representante, deve garantir uma arena de debate público que permita construir a decisão política. Nesse sentido, os argumentos ideológicos devem servir para racionalizar e legitimar a opção política escolhida, assim como nortear a gestão da coisa pública. Assim, preconiza o autor, a deliberação só será legítima, se for dentro de “um contexto aberto, livre e igualitário” (SOUZA NETO, 2011, p. 3).

O certo é que a democracia não é um fim em si, mas um conjunto de meios e instrumentos “de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduz basicamente nos direitos fundamentais do homem, (...) mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo” (SILVA, 1996, p. 126).

Paulo Bonavides, nesse influxo, declara que a democracia, como fundamento máximo da expressão popular, “trata-se da melhor e mais sábia forma de organização do poder, conhecida na história política e social de todas as civilizações” (BONAVIDES, 2003, p. 266).

Na crítica afinada e substancial de Hans Kelsen, citada por Paulo Bonavides, “a democracia é sobretudo um caminho: o da progressão para a liberdade” (BONAVIDES, 2003, p. 267).

A eloquência política de Abram Lincoln reproduziu a definição de que a democracia seria o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Arend Lijphart, realça a força desse axioma, mas alerta que ele deve ser compreendido numa perspectiva de governo consensual, ou seja, um modelo que seja inclusivo, baseado na abrangência, negociação e concessão. Assim, entende o autor, prevalecerá “a vontade do maior número de pessoas” (LIJPHART, 2003, p. 18).

De toda forma, a percepção de democracia, para Lijphart, remonta a uma previsão de participação popular na construção da decisão política, garantindo, com isso, que ela se

coloque numa perspectiva em que a vontade de todos contribui na formação de uma verdade social.

Não há como negar que “a moderna democracia ocidental, de feição tão distante da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral” (BONAVIDES, 2003, p. 274).

Nesse contexto, a soberania popular, é o combustível que faz esse complexo de princípios democráticos ter vida efetiva em um Estado de Direito, uma vez que a democracia, no dizer de José Afonso da Silva (1996, p. 127) “é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.

Assim, pode-se deduzir que seria impensável defender a democracia se a mesma não fosse estribada na força da soberania popular. Não se admite, outrossim, o conceito de democracia em Estados que não confiem ao povo a direção dos interesses nacionais. Da mesma forma, não se reconhece o exercício da soberania do povo em Estados que não sejam democráticos. A soberania popular é o elemento indispensável à democracia. E esta, por sua vez, a exteriorização daquela força cogente. Este indiscutivelmente é o berço da filosofia política do Ocidente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do extrato dos argumentos ponderados é possível traçar um diagrama de convergência que orna a formação político-jurídica dos estados ocidentais, apontando a democracia como elemento de identidade cultural, senão observe-se: a ideia de uma constituição escrita; a existência de eleições periódicas, como regra, e de um Parlamento de representação popular; a garantia do sufrágio universal; a regulação de mecanismos de democracia semidireta; a ideia de uma Corte Constitucional como fiscal suprema da Constituição e da materialização dos Direitos Fundamentais, enfim, a noção de poder fundado na soberania popular constitui característica intangível, se não absoluta, porém preponderante na quase totalidade dos estados radicados no Ocidente.

Assim, pode-se afirmar que a democracia, regime político para uns e direito fundamental de quarta geração (dimensão) para outros, é o elo por excelência da cultura dos povos ocidentais. É de seus elementos axiológicos e éticos que irradiam os valores absorvidos individualmente por cada tradição, fazendo dos países ocidentais uma grande comunidade democrática e de direito.

REFERÊNCIAS

AREND, Lijphart. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed., rev. e atual, 12. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 12. ed., Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

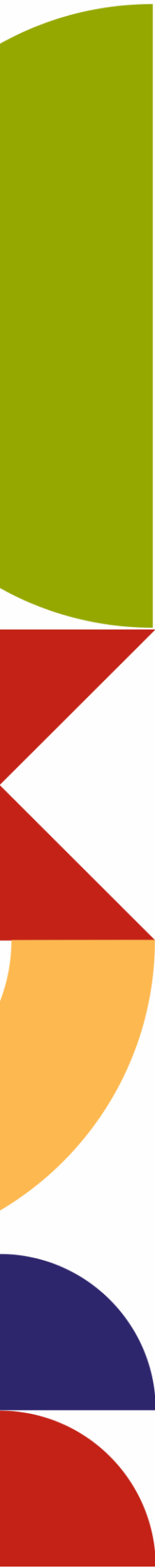
MACHIAVELLI, Nicoló Di Bernardo Dei. **O príncipe**. Tradução de Brasil Bandecchi. São Paulo: Moraes, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 154.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Tradução de José Livio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército. 1998.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **Manual de derecho político**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 186.



02

**COTAS ÉTNICO-RACIAIS NA UERN: PERCURSO DE UMA
POLÍTICA PÚBLICA EM CONSTRUÇÃO**

Francisco Cavalcante de Sousa
Lauro Gurgel de Brito

COTAS ÉTNICO-RACIAIS NA UERN: PERCURSO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA EM CONSTRUÇÃO²

2

AFFIRMATIVE ACTIONS ETHNIC AND RACIAL AT UERN: JOURNEY OF A PUBLIC POLICY UNDER CONSTRUCTION

Francisco Cavalcante de Sousa³

Lauro Gurgel de Brito⁴

Resumo

O debate sobre ações afirmativas não é novo. Ele remonta aos anos finais do século passado. Nas últimas décadas, o assunto tem merecido a atenção na literatura científica no Brasil, especialmente o tema das cotas étnico-raciais, face à sua adoção pelas universidades em geral. Este trabalho discute o percurso histórico-institucional pelo qual tem passado a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) na construção do sistema de cotas étnico-raciais, bem como apresenta casos e modelos normativos de regulação dos processos de heteroidentificação de outras universidades brasileiras sobre essa questão. Trata-se de pesquisa de natureza básica, com adoção de método hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa e procedimentos bibliográfico, documental e estudo de caso. Os resultados apontam que o processo regulatório das ações afirmativas na instituição não é linear, porque ainda passa por mudanças políticas e administrativas. A tendência é que o modelo amadureça e oportunize, cada vez mais, o acesso de pretos, pardos e indígenas ao ensino superior.

Palavras-chave: Ações afirmativas; ensino superior; política pública.

Abstract

The debate on affirmative action is not new. It dates back to the final years of the last century. In recent decades, the subject has deserved attention in the scientific literature in Brazil, especially the issue of ethnic-racial quotas, given their adoption by universities in general. This article discusses the historical-institutional path taken by the Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN, in Portuguese) in the management of the ethnic-racial quota system, as well as presenting cases and normative models of regulation of processes of

² Texto originalmente publicado na segunda edição da Revista Acadêmica Lampiar (<https://periodicos.apps.uern.br/index.php/LAMP>) e agora atualizado com novas abordagens.

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/CNPq, pesquisador do Observatório do Direito à Educação da Universidade de São Paulo (ObsEdu-USP) e membro-pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos, Desenvolvimento e Cotidiano (DHDC-UERN). E-mail: fcavalcantedes@gmail.com

⁴ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social e Direitos Sociais, da Faculdade de Serviço Social (UERN). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos, Desenvolvimento e Cotidiano (DHDC-UERN). E-mail: laurogurgel@uern.br

heteroidentification of other Brazilian universities in the subject. It uses research of a basic nature, hypothetical-deductive method, with a qualitative approach and bibliographic, documentary and case study procedures. The results point out that the regulatory process of affirmative actions in the institution is not linear, because it still undergoes political and administrative changes. The trend is for the model to mature and increasingly provide access to higher education for blacks, browns and indigenous peoples.

Keywords: Affirmative action; university education; public policy.

INTRODUÇÃO

No contexto de um debate sobre ações afirmativas, iniciado no século passado, a temática das cotas para ingresso aos cursos universitários tem ganhado cada vez mais repercussão nas últimas duas décadas. Isso possibilitou o crescimento das pesquisas e das publicações na literatura científica sobre o tema no Brasil. Em boa parte, devido às primeiras experiências institucionais com a adoção desse sistema para ingresso ao ensino superior brasileiro, no início dos anos 2000.

Os modelos iniciais de ações afirmativas se baseavam em critérios socioeconômicos e de origem escolar, com reserva de vagas para estudantes de baixa-renda e oriundos de escolas públicas, apesar do debate em outros países, como Estados Unidos, ter se pautado majoritariamente na questão étnico-racial.

Inicialmente, houve maior adesão das instituições às cotas de natureza socioeconômica ante às cotas de cunho étnico-racial, o que enfraqueceu, num primeiro momento, a luta pela igualdade racial, reivindicada por grupos sociais racializados. Historicamente em menor número nas instituições de ensino brasileiras, as cotas étnico-raciais também foram motivo de debates sobre sua inconstitucionalidade no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal (STF), cujo julgamento concluiu no sentido da improcedência da arguição e considerou o sistema de cotas étnico-raciais constitucional.

Inserido nesse contexto, este trabalho discute o percurso histórico-institucional pelo qual passou a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) na temática da legislação que regulamenta a gestão do sistema de cotas raciais, bem como apresenta casos e modelos normativos de regulação dos processos de heteroidentificação de outras universidades brasileiras no tema, como a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS), a

Universidade Federal da Bahia (UFBA) e a Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

Trata-se, então, de uma pesquisa de natureza básica, ancorada no método hipotético-dedutivo, na abordagem qualitativa e nos procedimentos bibliográfico e documental e estudo de caso, por meio de pesquisa em site institucional, em que se estudou notícias relacionadas ao tema no portal da instituição e o conteúdo normativo das resoluções que buscam fiscalizar a agenda de ações afirmativas.

A hipótese de base deste trabalho é a de que a construção normativa do sistema de cotas, no recorte espacial aqui mencionado, não é linear, uma vez que se encontra em processo de amadurecimento, expansão e consolidação. Todavia, já é possível perceber seu papel garantidor ao acesso ao ensino superior, mediante a reserva de vagas para o público-alvo estipulado nos respectivos diplomas normativos.

A estrutura deste ensaio é cíclica. Começa com uma abordagem sobre o percurso das ações afirmativas de natureza étnico-racial para ingressos de grupos minoritários na UERN, mapeia experiências de outras instituições e retorna a essa instituição para diagnosticar aspectos centrais do processo de heteroidentificação, especificamente nos anos de 2020 e 2021, e constatar que a política está em construção.

1 RESGATE HISTÓRICO DOS MODELOS DE AÇÕES AFIRMATIVAS ÉTNICO-RACIAIS NA UERN

Os primeiros debates acerca das cotas étnico-raciais na UERN nascem de movimentos estudantis e de pesquisa realizada por estudantes do Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Faculdade de Serviço Social, intitulada “Quem são, onde estão e o que dizem de si os estudantes negros da UERN?”. Por meio da iniciativa dos estudantes, a universidade elaborou a primeira minuta do projeto de lei que foi encaminhada à Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte e, posteriormente, implantou as cotas étnico-raciais. A proposta foi amplamente discutida entre os estudantes e legisladores, a partir de eventos promovidos pelo Diretório Central dos Estudantes (MORAIS, 2018).

A UERN implantou seu primeiro sistema de cotas por meio da Lei nº 8.258, de 27 de dezembro de 2002⁵ (RIO GRANDE DO NORTE, 2002), sendo a instituição uma das pioneiras no tema ao reservar 50% de suas vagas em cada curso e turma para estudantes

⁵ Lei Estadual nº 8.258, de 27 de dezembro de 2002. Estabelece reserva de vagas nas Universidades Públicas Estaduais para alunos egressos da Rede Pública de Ensino no Rio Grande do Norte.

oriundos de escolas públicas do país (SOUSA; SILVA, 2019). Fortaleceu seu papel inclusivo, ao minimizar as disparidades sociais e assegurar o acesso ao Ensino Superior, principalmente, daqueles que vivem em situação de maior vulnerabilidade social (BRITO; SOUSA; SANTOS, 2022).

Dezesseis anos depois, em 25 de janeiro de 2019, a Lei Estadual nº 10.480⁶ alterou o sistema de ações afirmativas relativas ao ingresso na UERN e instituiu o critério de cota étnico-racial para ingresso de pretos, pardos e indígenas (PPI), além de criar o argumento de inclusão regional nos processos seletivos de vagas iniciais, destinado a candidatos egressos da rede pública de ensino do Rio Grande do Norte. O referido diploma estadual também revogou as Leis Estaduais de nº. 8.258/2002 e 9.696/2013⁷ (RIO GRANDE DO NORTE, 2019).

Com esse marco normativo, passaram a existir duas cotas na UERN: (i) a social, subdividida em dois tipos: a) aquela apoiada em critérios socioeconômicos, destinada a candidatos que tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas; e b) aquela assentada em critérios étnico-raciais, direcionada a candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas. Para a cota social, devem ser reservadas, pelo menos, 50% das vagas; e (ii) para pessoas com deficiência (PcD) comprovada por profissional cadastrado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), reservando-se, neste caso, 5% das vagas.

Tendo em vista a legislação estadual vigente, dentro dos 50% de vagas destinadas a cotistas sociais, é definido um percentual delas para pretos, pardos e indígenas (PPI), com base no índice populacional informado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o que, segundo último Censo, corresponde a 58% da população norte-rio-grandense (IBGE, 2012). Essa deve ser então o parâmetro para definir a quantidade de vagas destinadas à cota PPI. A remodelação dessa política afirmativa na instituição contribuiu, em seus primeiros anos, para incrementar o ingresso de pessoas negras nos cursos de graduação e influenciou para expansão do debate e aplicação nos cursos de pós-graduação.

De acordo com Ivonete Soares, a universidade materializou direitos e possibilitou a igualdade por meio da cota étnico-racial, trazendo a discussão numa perspectiva de reconhecimento da tradição, da história e da dívida histórica com a população negra, “além da afirmação da identidade negra e o reconhecimento da condição de si com orgulho, com

⁶ Lei Estadual nº 10.480, de 30 de janeiro de 2019. Dispõe sobre a instituição de cotas e sobre o argumento de inclusão regional nos processos seletivos de vagas iniciais da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), para alunos egressos da Rede Pública de Ensino, revoga a Lei nº 8.258/2002 e a Lei nº 9.696/2013, fixando outras providências.

⁷ Lei Estadual nº 9.696, de 25 de fevereiro de 2013. Dispõe sobre a reserva de 5% das vagas para pessoas Portadoras de Necessidades Especiais nos cursos de graduação oferecidos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) em todas as suas unidades de ensino e dá outras providências.

dignidade e capacidade de ampliar os espaços dessa população” (SOARES *apud* FREIRE, 2019, on-line).

A intenção da legislação estadual é que a universidade possa desempenhar papel socioeducacional nobre e compatível com a Constituição Federal de 1988, ao incluir sujeitos que não tiveram acesso a uma formação educacional substancial e dependem da adoção de políticas estatais inclusivas, a fim de que possam ocupar esses espaços de mudança que, por sua vez, são também espaços de poder e de projeto de vida (BRITO; SOUSA; SANTOS, 2022).

Contudo, as ações afirmativas para pretos, pardos e indígenas em parte das universidades estaduais e federais, de forma geral, ainda carecem de mecanismos efetivos que possibilitem seu monitoramento integral e avaliação em âmbito nacional e local. Se antes o debate era em torno dos benefícios e malefícios das cotas, hoje a controvérsia é sobre a efetividade da lei de cotas para garantir a inclusão dos grupos aos quais se destina em termos legais: pretos, pardos e indígenas.

Isso porque o risco e possibilidade de fraudes às cotas raciais durante o processo de autodeclaração racial realizado pelos candidatos às vagas despontaram como barreira para implementação efetiva das ações afirmativas aos grupos nominados pelas leis instituidoras. De acordo com Vaz (2018), pouco tempo após a implementação legislativa de medidas reparatórias para o grupo de pretos e pardos, verificou-se a ocorrência reiterada de autodeclarações falsas nas universidades que adotam sistemas de cotas.

Várias denúncias já foram realizadas por estudantes, coletivos negros, movimentos sociais e agentes públicos em instituições de todas as regiões do Brasil, o que evidenciou a falta de controle e monitoramento da ocupação das vagas destinadas a candidatos pretos, pardos e indígenas nas universidades públicas. De acordo com Silva *et al.* (2020), a pressão de grupos do movimento negro universitário, organizados em coletivos estudantis, e, em alguns casos, a atuação do Ministério Público Federal (MPF) levaram várias instituições a constituírem comissões específicas para a verificação das cotas com critérios étnico-raciais.

Diante de um volume crescente de denúncias de fraudes às cotas, conscientes e/ou inconscientes, a saída foi a formação das comissões de heteroidentificação, cuja missão fundamental é preservar o sistema de cotas, ao coibir práticas ilícitas. E, portanto, elas e os gestores, têm uma responsabilidade social e procedimental de grande importância na Administração Pública, haja vista o papel de consolidar as ações afirmativas, cumprindo a lei e a finalidade normativa (NUNES, 2018).

Assim, as comissões de heteroidentificação têm se estabelecido, nos últimos cinco anos, “como mecanismo de concretização do direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais” (VAZ, 2018, p. 35). Entre os argumentos favoráveis, destaca-se que, sem elas, as cotas para PPI, por si só, perdem sua efetividade normativa, pois não seriam capazes de alcançar os fins a que se destinam, entre eles, incluir os verdadeiros destinatários dessas políticas em universidades ou concursos públicos. Contudo, este mecanismo tem gerado dúvidas acerca do seu procedimento, objetivos e destinatários.

A questão central, então, reside na concepção de heteroidentificação da pessoa autodeclarada parda, que também tem direito à vaga pelas cotas étnico-raciais, pois possui traços fenotípicos que podem ser percebidos como pertencentes aos negros, causando-lhe situações de discriminação racial (SILVA *et al.*, 2020). Nesta perspectiva, tem-se que:

[...] deve-se observar que a lei n. 12.711/2012 regulamenta a reserva de vagas étnico-raciais para pretos, pardos e indígenas, utilizando, assim, os critérios de classificação populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). E é do próprio IBGE o entendimento de que em termos socioeconômicos não há grandes diferenças entre os grupos populacionais preto e pardo, o que permite e torna mais produtiva essa análise em conjunto sob a rubrica de população negra (SILVA *et al.*, 2020, p. 339).

Documentos normativos nacionais, como o Decreto nº 6.872, de 4 de junho de 2009⁸, que aprovou o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) (BRASIL, 2009), e a Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010⁹ (BRASIL, 2010), que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, já explicitam a necessidade e a importância de se implementar e acompanhar a execução de políticas de ação afirmativa, prevendo, a exemplo do mencionado PNPIR, o apoio às instituições públicas de educação superior no desenvolvimento de programas e projetos de ensino, pesquisa e extensão que contribuam para a implementação e para o impacto efetivo de políticas de ação afirmativa para as populações negra, indígena e demais grupos étnicos sub-representados no Ensino Superior.

No ano de 2018, o acesso às cotas étnico-raciais para admissão em concursos públicos passou a incorporar a atividade de heteroidentificação e, a grande maioria, atua sob orientação

⁸ Decreto nº 6.872, de 4 de junho de 2009. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento.

⁹ Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

da Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018¹⁰, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão de Pessoas. O documento regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 (BRASIL, 2018). A portaria é o dispositivo jurídico em âmbito federal que orienta formas procedimentais para monitorar a autodeclaração étnico-racial e, por conta disso, tem sido utilizada por universidades, como a UERN, que a menciona nominalmente nos considerandos como fundamento legal da competência para a emissão do ato administrativo que cria sua própria comissão.

Na esteira desse novo marco normativo-administrativo, a UERN regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos pretos, pardos e indígenas. Isso ocorreu mediante a Resolução nº 5, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), de 5 de fevereiro de 2020, ao regulamentar o preenchimento das vagas reservadas para cota social nos processos seletivos de vagas iniciais (PSVI) da instituição.

Por se tratar de elemento primário e não absoluto, a autodeclaração do candidato exigida pela universidade goza da presunção relativa de veracidade, que será confirmada mediante procedimento de heteroidentificação, mediante a averiguação exclusivamente fundada no critério fenotípico de candidatos autodeclarados pretos ou pardos e, no caso de candidatos autodeclarados índios, em declaração subscrita por três lideranças indígenas (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, 2020a).

Por tais razões, a atuação das comissões de heteroidentificação ganha cada vez mais importância nas universidades, motivo pelo qual seus procedimentos precisam ser regulamentados, a fim de que haja segurança jurídica e elas possam cumprir bem essa missão tão nobre. No item seguinte, discorreremos sobre algumas experiências nesse sentido.

2 MAPEAMENTO DE NORMATIVAS INSTITUCIONAIS: CASOS E MODELOS NORMATIVOS DE REGULAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Com o objetivo de verificar possíveis semelhanças com outras experiências institucionais de comissões de heteroidentificação no Brasil, identificamos algumas variáveis

¹⁰ Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

normativas que regulamentam o processo de averiguação de fenótipos na ação afirmativa do tipo racial. Nesta análise jurídico-normativa, são utilizados métodos de interpretação jurídica, entre eles, o gramatical, sistemático e teleológico-axiológico, conforme Maximiliano (2002).

Delimitamos, além da UERN, outras quatro instituições de Ensino Superior que adotam cotas universitárias para pretos e pardos, quais sejam: a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), por ser uma das pioneiras no Brasil no sistema de cotas; o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS), por estar localizada no Sul do país e possuir rico material bibliográfico no tema; a Universidade Federal da Bahia (UFBA), pelo destaque na pauta racial e seu Estatuto da Igualdade Racial; e a Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), pela proximidade geográfica e similaridade socioeducacional com a UERN.

Na dimensão metodológica, as leituras se concentram no conteúdo jurídico-normativo dos documentos institucionais que regulamentam os processos de heteroidentificação nas referidas instituições de Ensino Superior. Entre outros fatores, verificamos ementa, data, conteúdo normativo, público-alvo, critério de averiguação, composição da comissão de heteroidentificação, procedimentos e possibilidade de contraditório e ampla defesa em caso de indeferimento. Esses elementos serão detalhados a seguir.

A Portaria nº 169, de 5 de dezembro de 2019, da UFBA¹¹, dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Heteroidentificação complementar à autodeclaração de pessoas negras para os processos seletivos. O documento estabelece que a comissão tomará como critérios decisivos para heteroidentificação as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento e que a “alegação de ancestralidade, mazelas sociais ou quaisquer outros elementos sociais e históricos, não é cabível no procedimento de verificação da autodeclaração”, uma vez que a comissão avaliadora pautará a sua análise por critérios exclusivamente fenotípicos.

A política de averiguação da UFBA estabelece princípios e preceitos, como acolhimento coletivo dos candidatos pela comissão. Em caso de indeferimento, é cabível interpor recurso exclusivamente contra o resultado da aferição da veracidade da autodeclaração racial, mediante exposição fundamentada, devendo o texto do recurso ser de redação livre. Das decisões da comissão recursal não caberá novo recurso.

¹¹ Portaria nº 169, de 5 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Heteroidentificação complementar à Autodeclaração de pessoas negras para os Processos seletivos da UFBA/CPHA.

No âmbito da UERJ, por meio da Deliberação nº 01, de 11 de março de 2021¹², a universidade instituiu a Comissão Permanente de Validação da Autodeclaração (CPVA) e fixou normas relativas ao processo de ingresso de estudantes por meio da política afirmativa de cotas. Em seu art. 8º, determina que a CPVA deve utilizar exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelos candidatos pretos e pardos (negros), por meio das características fenotípicas identificadas, predominantemente, pela cor da pele, textura do cabelo e os aspectos faciais do candidato ao tempo da realização do procedimento.

A comissão da UERJ é composta por sessenta membros, os quais devem possuir comprovada experiência na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, e/ou participar de oficinas e seminários de capacitação oferecidas

Acerca de seu procedimento, assim como na UFBA, o documento normativo estabelece que o procedimento deve ser realizado seguindo os critérios regimentais e garantindo o estabelecimento de um clima de acolhida, afabilidade e absoluto respeito à dignidade humana, garantia de ações de acolhimento aos candidatos, promoção de atividades no sentido de sensibilizar e informar sobre o público ao qual as cotas se destinam e distribuição de material sobre a verificação e sobre procedimentos das bancas. A UERJ garante o contraditório ao estabelecer que, após a divulgação do resultado provisório, respaldado em parecer consubstanciado, poderá o candidato encaminhar recurso à referida Comissão, mas das decisões da comissão recursal não caberá um segundo recurso.

O IFRS, por sua vez, emitiu a Instrução Normativa nº 01, de 22 de fevereiro de 2021¹³, que regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração do candidato negro, inscrito para reserva de vagas raciais, em cursos técnicos, de graduação e pós-graduação e concursos públicos. Nos termos do citado documento, considera-se como candidato negro, aquele que, de acordo com os critérios de raça e cor do IBGE, é autodeclarado preto ou pardo.

Cada unidade do IFRS possui uma comissão de heteroidentificação, nomeada em portaria, composta por no mínimo 5 membros titulares, atendendo ao critério da diversidade étnica-racial, gênero e, preferencialmente, naturalidade. Essa comissão será presidida por servidor efetivo do IFRS, indicado pelo presidente do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiro e Indígenas (NEABI) ou do Núcleo de Ações Afirmativas (NAAfs) da unidade, dentre os

¹² Deliberação nº 01, de 11 de março de 2021. Institui Comissão Permanente de Validação da Autodeclaração – CPVA e fixa normas relativas ao processo de ingresso de estudantes por meio da política afirmativa de cotas, nos casos em que se aplique, na UERJ.

¹³ Instrução Normativa IFRS nº 01, de 22 de fevereiro de 2021. Regulamenta o processo de ingresso de candidatos autodeclarados negros (pretos e pardos) por reserva de vagas raciais, nos Processos de Ingresso Discente e Concursos para Servidores do IFRS.

membros do respectivo núcleo. Para atuar nas comissões de heteroidentificação, cada membro deverá participar de curso de formação oferecido periodicamente pelo IFRS.

Quanto ao procedimento, consta que ele será filmado e que será adotado exclusivamente o critério fenótipo para verificação da condição declarada pelo candidato, não devendo ser considerada, para a verificação racial, quaisquer registros ou documentos pretéritos, nem imagens e certidões referentes à confirmação da autodeclaração em procedimentos de heteroidentificação realizados em outros processos seletivos discentes ou concursos públicos.

O IFRS assegura ao candidato o direito à interposição de recurso do resultado do seu procedimento de heteroidentificação, em que a Comissão deverá considerar a filmagem do primeiro procedimento de heteroidentificação, o parecer emitido pela comissão e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato, fundamentando-se no critério de análise fenotípica do candidato.

Na UFERSA, foi aprovado o Regimento Interno da Comissão Permanente de Heteroidentificação Étnico-Racial e foram estabelecidos os objetivos gerais da atuação, nos termos da Resolução nº 31, de 27 de abril de 2022¹⁴. O procedimento de heteroidentificação é realizado por “bancas” e se submete a vários princípios e diretrizes, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana e a observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Também podemos destacar a exigências de padronização e de igualdade de tratamento entre os candidatos submetidos ao procedimento de heteroidentificação promovido no mesmo certame¹⁵ (UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO, 2022).

Na instituição, a banca é composta por trinta e um membros, entre titulares e suplentes, designados pela Reitoria para o mandato de dois anos. Conforme o regimento, ela deve ser composta, preferencialmente, por servidores públicos e estudantes da UFERSA, bem como por membros da sociedade civil representantes dos movimentos negro, quilombola e indígena, que tenham formação sobre a temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo com base no que determina o Estatuto da Igualdade Racial, mediante chamada pública, respeitando-se a condição de gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade. Cada banca é composta por cinco integrantes titulares e cinco suplentes.

¹⁴ Resolução nº 31, de 27 de abril de 2022. Dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Heteroidentificação Étnico-Racial da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA),

¹⁵ Outros: garantia da publicidade e do controle social do procedimento de heteroidentificação, resguardadas as hipóteses de sigilo previstas nas normativas vigentes; atendimento ao dever de autotutela da legalidade pela administração pública; garantia da efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas a candidatos negros (pretos e pardos) e indígenas, nos termos da legislação vigente e deste Regimento (UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO, 2022).

Há uma banca de heteroidentificação e uma banca recursal, para atuação preventiva. Durante o procedimento de averiguação, a UFERSA prescreve que as bancas de heteroidentificação e recursais utilizarão exclusivamente o critério fenotípico, definindo-os como “características físicas visíveis”, para aferição da condição declarada pelo candidato no certame, sendo que, em hipótese alguma, a ancestralidade será elemento levado em consideração. Também não considera registros ou documentos pretéritos, como imagens e certidões referentes à confirmação de outros procedimentos. O fator genotípico do candidato ou fenotípico dos parentes ascendentes e/ou descendentes não é considerado para a homologação da autodeclaração racial.

Tendo em conta esses dados, fica evidenciado o fato de que cada instituição analisada, a seu modo e de acordo com as suas peculiaridades, define os critérios e os procedimentos. Mas, todas elas, optam pelo fenótipo do candidato à vaga como critério central, a política do acolhimento humanizado, a composição plural das comissões de heteroidentificação e, em alguns casos, a garantia do contraditório e da ampla defesa, na forma de recurso do candidato contra decisão que lhe seja desfavorável, evitando judicialização em casos de indeferimento administrativo.

3 O CASO DA UERN: UMA POLÍTICA EM CONSTRUÇÃO

Em 5 de fevereiro de 2020, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE) da UERN, aprovou, por unanimidade, a minuta da resolução que regulamenta o procedimento de heteroidentificação. Dentre o conteúdo jurídico da resolução, destaca-se que o procedimento deve ser filmado e a comissão deve ser formada por cinco membros cada, que serão responsáveis por avaliar as características externas dos candidatos. Dessa aferição, todos os cinco membros devem emitir parecer unânime.

Em caso de haver pelo menos uma discordância, prevalece a autodeclaração do candidato (FIGUEIREDO, 2020). A instituição se reserva o direito de verificar todas as informações e documentos apresentados pelo candidato e destacou que eventuais fraudes, identificadas a qualquer tempo, resultarão na perda da vaga ou a exclusão do candidato do curso de graduação.

Em 5 de novembro de 2020, a universidade anunciou que o CONSEPE aprovou resolução que reserva vagas para negros, pardos, indígenas e pessoas com deficiência também nos programas de pós-graduação Stricto-Sensu. A resolução destina, no mínimo, 5% das vagas destinadas à ampla concorrência para pessoas com deficiência e 5% para

autodeclarados pretos, pardos ou indígenas nos cursos de mestrados e doutorados, que devem ser submetidos a procedimento de heteroidentificação e junta multiprofissional (MACHADO, 2020).

Como constatação que a gestão das ações afirmativas na UERN encontra-se em processo de expansão e consolidação, a instituição, por meio do CONSEPE, também regulamentou o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos pretos, pardos e indígenas, para fins de preenchimento da cota social nos processos de seleção para ingresso em cursos de Ensino a Distância (EaD) e pós-graduação. O documento prevê a realização de forma virtual, e inclui a possibilidade de recurso administrativo após a decisão da banca de heteroidentificação (MORAIS, 2021).

Essa medida possibilitou que as bancas da instituição pudessem realizar a verificação da autodeclaração racial de forma on-line, na situação de emergência global decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19), que impôs medidas de isolamento social e suspensão da realização presencial de atividades de ensino, pesquisa e extensão, em um contexto de desigualdade no acesso ao direito à educação e necessidade de investimento e remodelamento emergencial de sistemas educacionais para o fortalecimento de direitos e para a redução das desigualdades educacionais (SILVA; SOUSA, 2020).

Com a expansão das políticas de ações afirmativas nos últimos anos na instituição e a necessidade de consolidar as pautas nos campos da diversidade, atendimento às mulheres e à população negra e indígena, a UERN instituiu, em novembro de 2022, a Diretoria de Ações Afirmativas e Diversidade (DIAAD), órgão com atribuições específicas para as questões étnico-raciais (MACHADO, 2022). Criada com o objetivo de pensar, promover e concretizar políticas e ações de promoção de igualdade racial, e de gênero e de reconhecimento das diferenças e diversidades no âmbito institucional, a DIAAD) é um dos novos setores propostos pela reitoria da universidade no processo que trata da sua reestruturação administrativa da instituição.

Em seu escopo de atuação institucional, a DIAAD tem como foco os procedimentos de heteroidentificação para o acesso às cotas étnico-raciais, o acompanhamento dos grupos de estudantes cotistas, a sensibilização e a mobilização da comunidade universitária e a sociedade em geral para a convivência cidadã com as várias realidades presentes na diversidade social relacionadas à gênero e sexualidade, à tradição das culturas, etnia, refúgio e migrações. Além disso, ela deve promover ações que possibilitem a reversão do cenário de discriminação das populações às quais tais políticas se destinam (MORAIS, 2022).

A DIAAD se estrutura em dois eixos principais. O primeiro trata das Relações Étnico-Raciais, Diversidade e Interculturalidade; e, o segundo, das Relações e Identidade de Gênero, Direitos das Mulheres e da comunidade LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, Queer, Intersexuais e outros).

Deste modo, podemos perceber que a atuação institucional na temática das cotas não se resumiu a apenas uma modalidade de ação específica voltada à graduação. Pelo contrário, trata-se de um conjunto de ações e decisões institucionais tomadas tanto por colegiados quanto por dirigentes universitários que têm ampliado o debate a consolidação no tema, como a própria necessidade de discussão das comissões de heteroidentificação como instrumentos que dotem de efetividade normativa o sistema de cotas da instituição, alinhado a instituição da Diretoria de Ações Afirmativas e Diversidade na estrutura administrativa. A missão está posta. Há um longo caminho a ser percorrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos conteúdos jurídico-normativos dos documentos institucionais que regulamentam os processos de ações afirmativas nas instituições de Ensino Superior selecionadas para o mapeamento, foi possível verificar que o processo de heteroidentificação racial é realizado segundo diferentes modelos de normas. Há leis, resoluções, portarias, deliberações ou instrução normativa, mas prevalece certa unidade e homogeneidade normativa nos conceitos, principiologia, termos, critérios, garantia recursal e procedimentos de acolhimento, variando conforme opção de cada instituição.

Com esta pesquisa, também foi possível analisar documentos normativos que regem a gestão das ações afirmativas na UERN e mapear as experiências institucionais sobre o tema. Em um olhar acerca do percurso histórico-institucional, tem-se que o processo regulatório da matéria de ações afirmativas na UERN, assim como nas outras instituições, não é linear, no sentido de que as instituições passaram por profundas mudanças políticas e de gestão que culminaram no amadurecimento dos temas.

É certo que a cotas na instituição, para garantia de acesso ao ensino superior, implicou na efetivação de vagas não apenas para estudantes de escolas públicas, como determinava a primeira lei estadual, mas também para pessoas com deficiência e, mais recentemente, para pretos, pardos e indígenas.

Assim, vai se consubstanciando o modelo de atuação positiva e, por conseguinte, emerge a necessidade de monitoramento e avaliação constantes dessas políticas. Nesse

sentido, parece-nos alvissareira a recente criação da Diretoria de Ações Afirmativas e Diversidade na UERN, que servirá de instrumento administrativo de implementação, acompanhamento e avaliação do tema no âmbito da instituição.

Com isso, pessoas negras, pardas e indígenas hoje encontram um ambiente universitário favorável e acolhedor, haja vista o tratamento diferenciado que recebem, devidamente fundamentado com vistas à igualdade jurídica material. A elas, abre-se a possibilidade de cursar o ensino superior numa instituição pública e gratuita, potencializando o crescimento profissional.

Para investigações futuras, afloram perspectivas aqui não enfrentadas. Mencionamos, por exemplo, a questão da estruturação técnico-científica das Comissões de Heteroidentificação e da capacitação dos seus integrantes, a fim de melhor desempenharem a avaliação fenotípica dos candidatos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas. Portaria nº 4, de 6 de abril de 2018. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. **Diário Oficial da União (DOU)**, [S. l.], n. 68, p. 34, 10 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis... **Diário Oficial da União (DOU)**, de 21 de julho de 2010. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.872, de 4 de junho de 2009**. Aprova o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PLANAPIR, e institui o seu Comitê de Articulação e Monitoramento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6872.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRITO, Lauro Gurgel de; SOUSA, Francisco Cavalcante de; SANTOS, Tharleton Luis de Castro. Acesso ao ensino superior: efetividade normativa das cotas socioeconômicas. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, p. 2340-2373, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/56191>. Acesso em: 22 dez. 2022.

FIGUEIREDO, Natan. CONSEPE aprova resolução que regula procedimento de heteroidentificação de candidatos cotistas. **Portal UERN**, 5 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/consepe-aprova-resolucao-que-regula-procedimento-de-heteroidentificacao-de-candidatos-cotistas/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FIGUEIREDO, Natan. Debate sobre cotas étnico-raciais esclarece importância das ações afirmativas na UERN. **Portal UERN**, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/debate-sobre-cotas-etnico-raciais-esclarece-importancia-das-acoes-afirmativas-na-uern/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FREIRE, Iuska. Cotas étnico-raciais ampliam as políticas afirmativas na UERN. **Portal UERN**, 20 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/cotas-etnico-raciais-ampliam-as-politicas-afirmativas-na-uern/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL. Gabinete do Reitor. **Instrução Normativa IFRS Nº 01, de 22 de fevereiro de 2021**. "Regulamenta o processo de ingresso de candidatos autodeclarados negros (pretos e pardos) por reserva de vagas raciais, nos Processos de Ingresso Discente e Concursos para Servidores do IFRS, 27 fev. 2021. Disponível em: https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2021/02/IN_01-2021_Regulamenta_ingresso_candidatos_autodeclarados_negros_PS_concursos.pdf. Acesso em: 5 mai. 2022.

MACHADO, Luziária. Cursos mestrados e doutorados da UERN terão vagas para cotistas. **Portal UERN**, 5 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/cursos-mestrados-e-doutorados-da-uern-terao-vagas-para-cotistas/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MACHADO, Luziária. Uern terá Diretoria de Ações Afirmativas e Diversidade. **Portal UERN**, 15 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/uern-tera-diretoria-de-acoes-afirmativas-e-diversidade/#:~:text=A%20Diretoria%20de%20A%C3%A7%C3%B5es%20Afirmativas,em%20tramita%C3%A7%C3%A3o%20no%20Conselho%20Diretor>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAIS, Adriana. Uern inaugura sala da Diretoria de Ações Afirmativas e Diversidade. **Portal UERN**, 18 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/uern-inaugura-sala-da-diretoria-de-acoes-afirmativas-e-diversidade/>. Acesso em: 22 dez. 2022.

MORAIS, Adriana. UERN trabalha na implantação das cotas étnico-raciais. **Portal UERN**, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.uern.br/blog/uern-trabalha-na-implantacao-das-cotas-etnico-raciais/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

NUNES, G. H. L. Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestores/as de ações afirmativas. In: DIAS, G. R. M. TAVARES JUNIOR, P. R. F. (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS, 2018. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp->

content/uploads/2019/03/Heteroidentificacao_livro_ed1-2018.pdf#page=215. Acesso em: 19 mar. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei no 10.480, de 30 de janeiro de 2019. Dispõe sobre a instituição de cotas e sobre o argumento de inclusão regional nos processos seletivos de vagas iniciais da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, para alunos egressos da Rede Pública de Ensino, revoga a Lei no 8.258/2002 e a Lei no 9.696/2013, fixando outras providências. **Diário Oficial [do Rio Grande do Norte]**, no 14.345, de 31 de janeiro de 2019, p. 05.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei no 8.258, de 27 de dezembro de 2002. Estabelece reserva de vagas nas Universidades Públicas Estaduais para alguns alunos egressos da Rede Pública de Ensino. **Diário Oficial [do Rio Grande do Norte]**, no 10.398, de 28 de dezembro de 2002, p. 30.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 9.696, de 25 de fevereiro de 2013. Dispõe sobre a reserva de 5% das vagas para pessoas Portadoras de Necessidades Especiais nos cursos de graduação oferecidos pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – UERN em todas as suas unidades de ensino e dá outras providências. **Diário Oficial [do Rio Grande do Norte]**, no 12.897, de 26 de fevereiro de 2013, p. 22.

SILVA, Ana Claudia Cruz da et al. Ações Afirmativas e formas de acesso no Ensino Superior Público: O caso das comissões de heteroidentificação. **Novos estudos CEBRAP** [online]. 2020, v. 39, n. 2, pp. 329-347. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300202000020005>. Acesso: 29 ago 2022.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos; SOUSA, Francisco Cavalcante de. Direito à educação igualitária e (m) tempos de pandemia: desafios, possibilidades e perspectivas no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, p. 961-979, 2020.

SOUSA, Francisco Cavalcante de; SILVA, Francisca Paloma Lima da. Cotas sociais na Universidade: um estudo sobre a aplicação das Ações Afirmativas na Faculdade de Direito da UERN Câmpus Central. **Revista para Graduandos / IFSP (REGRASP)**, v. 4, p. 67-86, 2019. Disponível em <http://seer.spo.ifsp.edu.br/index.php/regrasp/article/view/309>. Acesso: 30 jan. 2022.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE). **Resolução N.º 005/2020**. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos pretos, pardos e indígenas, para fins de preenchimento das vagas reservadas para Cota Social nos Processos Seletivos de Vagas Iniciais (PSVI) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. [S. l.], 5 fev. 2020.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Deliberação nº 01, de 11 de março de 2021**. Institui Comissão Permanente de Validação da Autodeclaração – CPVA e fixa normas relativas ao processo de

ingresso de estudantes por meio da política afirmativa de cotas, nos casos em que se aplique. 11 de março de 2021. Disponível em: http://www.boluerj.uerj.br/pdf/de_00012021_11032021.pdf. Acesso em: 22 dez. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Gabinete da Reitoria. **Portaria nº 169, de 5 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Heteroidentificação complementar à Autodeclaração de pessoas negras para os Processos seletivos da UFBA/CPHA, 5 dez. 2019. Disponível em: https://ingresso.ufba.br/sites/ingresso.ufba.br/files/anexoi_artes_2020.pdf. Acesso em: 7 mai. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO. Conselho Universitário. **Resolução Nº 31, de 27 de abril de 2022**. Dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Heteroidentificação Étnico-Racial da Universidade Federal Rural do Semi-Árido, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://documentos.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/79/2022/05/Resolucao-Consuni-no-31-2022.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2022.

VAZ, L. M. S. S. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra falsidade de autodeclarações raciais. In: DIAS, G. R. M. TAVARES JUNIOR, P. R. F. (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS, 2018. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Heteroidentificacao_livro_ed1-2018.pdf#page=215. Acesso em: 19 dez. 2022.



03

O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Emanuel de Melo Ferreira

O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3

THE PARTICIPATE TEACHING OF THE JUDICIAL REVIEW

Emanuel de Melo Ferreira¹⁶

Resumo

O objeto do presente texto consiste em demonstrar como a utilização de metodologias participativas no bojo específico do ensino do controle de constitucionalidade pode contribuir amplamente para o desenvolvimento das diversas habilidades e competências necessárias para o desenvolvimento dos alunos. As metodologias ativas serão analisadas no texto brevemente, sendo introduzidas unicamente para demonstrar como elas podem ser utilizadas no contexto do ensino do controle de constitucionalidade. Ao final, será demonstrado como o processo de aprendizado dos mais variados temas do controle de constitucionalidade pode ser potencializado a partir do uso de tais técnicas.

Palavras-chave: Ensino jurídico; metodologias ativas; controle de constitucionalidade.

Abstract

The object of this text consists in demonstrating how the participative methodology in the specific context of judicial review teaching can widely contribute for the development of the various abilities and competencies needed to the student's development. The active methodologies will be analyzed briefly in the text, being introduced just to demonstrate how they can be utilized in the context of judicial review teaching. In conclusion, will be demonstrated how the learning process of the various judicial review themes can be optimized through the use of such techniques.

Keywords: Legal teaching; active methodologies; judicial review.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente texto consiste em demonstrar como a utilização de metodologias participativas no bojo específico do ensino do controle de constitucionalidade pode contribuir amplamente para o desenvolvimento das diversas habilidades e competências necessárias para o desenvolvimento dos alunos. Relaciona-se, portanto, com a necessidade de colocar o

¹⁶ Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Especialista. Procurador da República. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6802-5704>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6362433441956640>. Contato: emanuelmelo@uern.br.

aluno no centro do processo de aprendizagem. Para tanto, é essencial esclarecer pontos de partida sobre como deve se desenvolver a atividade docente e os desafios desta no âmbito do Direito, partindo-se da constatação geral de que não há uma formação específica para a docência jurídica.

Lançadas essas premissas, abordar-se-ão os modelos de professor a partir da didática apresentação de José Garcez Ghirardi tomando como referenciais os professores Charles Kingsfield (John Houseman) e John Keating (Robin Williams), personagens dos filmes “O homem que escolhi”¹⁷ e “Sociedade dos poetas mortos”¹⁸, respectivamente. O texto buscará demonstrar que a grandeza intelectual do primeiro, aliada à busca pelo conhecimento protagonizada pela atuação dos próprios alunos, postura levada a cabo pelo segundo professor, pode constituir poderosa ferramenta em sala de aula. Tal menção cinematográfica serve para introduzir as técnicas de ensino participativo, na linha do protagonismo do aluno do processo de aprendizagem.

Sendo assim, o texto segue com a abordagem sobre as denominadas metodologias ativas e como elas podem colocar o aluno no centro do processo cognitivo. Nessa linha, as clínicas de Direito, o *role-play*, a simulação, o *problem-based learning*, o diálogo socrático, os debates, o estudo de caso e os seminários serão brevemente apresentados, preparando o leitor para o objeto central do texto: a utilização de tais técnicas especificamente no ensino do controle de constitucionalidade.

Nesse ponto, demonstrar-se-ão como as habilidades e competências relacionadas com o saber, fazer e olhar podem ser potencializadas com o uso de tais técnicas. Através do saber, demonstra-se como informações podem ser apreendidas a partir, por exemplo, de diálogos socráticos ou estudos de caso. No âmbito do fazer, será explicitado como o *role play* ou simulação podem ser ferramentas úteis para elaboração de peças ou mesmo participação em sessões de julgamento simuladas. Finalmente, as necessárias problematizações típicas do olhar crítico que o aluno deve desenvolver serão exploradas a partir dos debates sobre os textos de diversos autores que analisaram a conveniência e os impactos democráticos em torno do controle judicial de constitucionalidade, tais como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Percebe-se, assim, que o método bibliográfico foi o utilizado no texto predominantemente, com o auxílio pontual da experiência prática em sala de aula.

¹⁷ *The Paper Chase*, 1973, dirigido por James Bridges.

¹⁸ *Dead poet society*, 1989, dirigido por Peter Weir.

1 DESAFIOS DA DOCÊNCIA JURÍDICA

É muito difícil ser professor de Direito no Brasil, tendo em vista, primeiramente, a falta de treinamento específico para tal função. Inicia-se a docência, na maioria das vezes, repetindo a metodologia de ensino aplicada pelos professores que cada um teve, a qual, normalmente, não problematizava questões como: a) participação dos alunos nas aulas; b) forma de abordagem do tema, buscando uma visão mais informativa, prática ou crítica sobre os assuntos; c) critérios para avaliação, explicitando aos alunos como eles seriam avaliados

Se o professor exerce outra carreira profissional além do magistério, tais como Advocacia, Ministério Público ou Magistratura, as dificuldades são ainda maiores: a) os vícios do concurso público podem ser levados para sala de aula, aprofundando ainda mais a crise do ensino jurídico (STRECK, 2011); b) a falta de tempo para preparar adequadamente as aulas, começando pelo pleno de curso, ou mesmo eventual falta de tempo para ministrar as aulas contribui para o desestímulo dos alunos, além de ser conduta ilegal e eticamente reprovável. É plenamente possível conjugar tais atividades, tendo a ganhar tanto a academia como o próprio professor, mas, em relação àqueles que não se dedicam exclusivamente à docência, a atenção tem ser ainda mais redobrada, especialmente no que tange à metodologia de ensino.

A Fundação Getúlio Vargas apresenta ferramenta essencial para aqueles que iniciam a docência e não pretendem continuar a praticar os erros do passado. Seja através de curso gratuito *on-line* sobre “Formação Docente para Professores de Direito” ou através de obras como “O instante de encontro” (GHIRARDI, 2012), tem-se um ponto de partida satisfatório para o aprimoramento da docência.

No texto citado, tem-se o contraponto entre dois modelos de professor de Direito. O primeiro é retratado pelo Professor Kingsfiel, rigoroso docente de contratos na universidade de Harvard que aplica método socrático aos seus alunos, mas mantendo claro distanciamento entre eles. No outro lado, está o Professor Keating, que ensina literatura aos seus alunos de modo diametralmente oposto. Como não lembrar da cena em que o mestre, trabalhando como verdadeiro parceiro de ideias, consegue fazer com que um de seus tímidos alunos (Todd A. Anderson, interpretado por Ethan Hawke) vença suas limitações e declame em sala de aula um poema por ele criado?

O primeiro professor, que impressiona a todos pelo conhecimento magistral acumulado, está preso ao paradigma clássico de ciência. O segundo, por sua vez, percebe

claramente as limitações desta, já anunciando a emergência de novo paradigma, denominado por Boaventura de Sousa Santos (1989) de ciência da pós-modernidade.

Como apontado por José Garcez Ghirardi, a postura inicial do professor, antes mesmo de começar a elaboração do plano de aula, deve ser buscar respostas para perguntas como: o que ensinar, como e por que. Nessa linha, é essencial conhecer o perfil da instituição de ensino e dos alunos, a fim de desenvolver e manter alguma espécie de diálogo e interação recíprocos. De posse dessas informações, qual deve ser o enfoque do professor? Privilegiar o saber, ou seja, acumulação de informações sobre determinado tema? Apostar no fazer, ou seja, buscar desenvolver nos alunos a atuação prática mais voltada para o seu dia a dia profissional? Ou cabe ao professor estimular um olhar crítico sobre os temas, aproximando o estudo da filosofia ao se problematizar as questões rigorosamente?

É possível conjugar os aspectos de saber, fazer e olhar em um programa concernente ao curso de controle de constitucionalidade? Entende-se que sim. Nessa linha, é de conhecimento obrigatório para o professor de Direito a Resolução CNE/CES N° 9, de 29 de setembro de 2004, a qual institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Veja-se o que dispõem os arts. 3º e 4º de tal ato:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências: I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas; II - interpretação e aplicação do Direito; III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito; IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos; V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito; VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica; VII - julgamento e tomada de decisões; e, VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

O primeiro dispositivo traça, de modo geral, o perfil que deve ter o graduando quando do estudo do direito, enfatizando a necessidade de formar um profissional com capacidade

crítica e disposição para aprender de modo autônomo e dinâmico. Nem poderia ser diferente, já que um dos objetivos traçados pela própria Constituição ao dispor sobre educação é, justamente, formar seres humanos autônomos, plenamente desenvolvidos (art. 205). A norma infraconstitucional vai nesse sentido.

O dispositivo seguinte, por sua vez, apresenta as habilidades e competências que devem ser fomentadas nos alunos, sendo perceptível a preocupação com a acumulação de necessário conhecimento (I, II, III, V, VIII) a aplicação prática de tal conhecimento (IV) e a análise crítica e permanente problematização do conhecimento (VI, VII). Tais habilidades e competências podem ser combinadas, por exemplo, a partir do exercício participativo dos alunos.

Adiante serão tecidos alguns comentários sobre tais técnicas participativas, quais sejam: a) a clínica de direito; b) o diálogo socrático; c) o *role-play*; d) a simulação; e) o estudo de caso; f) debates; g) seminários; h) *problem based learning*. Como tais metodologias podem ser utilizadas no ensino do controle de constitucionalidade e na concretização das habilidades e competências antes citadas é o tema abordado adiante.

2 O ENSINO PARTICIPATIVO – AS DIVERSAS METODOLOGIAS POSSÍVEIS

Num curso sobre controle de constitucionalidade são abordados, normalmente, os seguintes temas gerais: a) conceito de inconstitucionalidade; b) tipos de inconstitucionalidade; c) classificação dos modelos de controle de constitucionalidade; d) controle difuso-incidental; e) controle concentrado-principal; f) técnicas de decisão; g) controle de constitucionalidade nos Estados Membros e no Distrito Federal; h) evolução histórica do controle de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2013). Menos comumente, os cursos preocupam-se com a análise da legitimidade e justificação do controle de constitucionalidade (DIMOULIS, 2014).

As metodologias ativas, por sua vez, compreendem, por exemplo: a) a clínica de Direito; b) o estudo de caso; c) o diálogo socrático; d) os seminários; e) debates; f) o aprendizado com base em problemas (*problem-based learning* – PBL); g) representação de papéis (*role play*). Veja-se, brevemente, em que consiste cada uma das práticas.

A clínica de Direito busca levar aos alunos um problema real para que eles, sob a orientação do professor, apresentem a melhor solução para o caso. São quatro, assim, as características centrais da clínica: a) enfrentamento de problema real; b) existência de cliente

ou causa a ser defendida; c) orientação do professor; d) necessidade de apresentar solução que se pretenda efetiva por parte dos alunos (SCABIN; ACCA, 2009).

Por outro lado, há diversas questões problemáticas envolvidas na aplicação das clínicas, tais como: a) custo para a universidade, tendo em vista a necessidade de turmas pouco numerosas para o bom desempenho dos trabalhos; b) provável demora no andamento do caso, na via judicial ou mesmo antes dela, fazendo com que os alunos encerrem o semestre ou período letivo sem alcançarem a solução para o problema (SCABIN; ACCA, 2009).

O seminário tem por objetivo a “reflexão aprofundada, julgamento e crítica de determinado tema ou texto” (MACHADO; BARBIERI, 2009, p. 90). Tal modalidade é adotada frequentemente nos cursos de graduação e pós-graduação, muitas vezes consistindo na apresentação coletiva de temas fazendo com que, haja, de fato, uma transferência da aula meramente expositiva do professor para os alunos. Desse modo, resta frustrada a finalidade da metodologia ativa. O seminário é bem utilizado, no entanto, quando: a) conta com a supervisão do professor desde sua concepção a partir da orientação na leitura dos textos; b) quando os alunos utilizam tal momento para testar as pesquisas que, eventualmente, já estejam elaborando para fins de trabalho de conclusão de curso ou mesmo tendo em vista futura admissão em programa de mestrado (MACHADO; BARBIERI, 2009).

O debate compõe ferramenta poderosa para promover habilidades como oralidade e rapidez no raciocínio, essenciais na vida profissional. Afigura-se recomendável que o professor, possivelmente no primeiro dia de aula, ao apresentar o plano respectivo da disciplina, aponte as regras do debate, a fim de manter o bom andamento do trabalho (FERREIRA, 2016). O debate, por outro lado, pode se degenerar com a utilização de mera retórica ou falácias, na tentativa de “vencer” a qualquer custo. Caso os demais debatedores não denunciem tais práticas, é papel do professor, ao final, apontar os vícios argumentativos, como as falácias da autoridade, tão comuns no estudo do Direito.

O estudo de caso foi desenvolvido nos Estados Unidos a partir das aulas de Christopher Columbus Langdell, o qual sustentava que somente a partir da análise das decisões dos tribunais, o aluno poderia compreender o que realmente o Direito era (RAMOS, SCHORCHER, 2009). O estudo de caso tem a vantagem de trazer aspectos práticos para a sala de aula, não se confundindo, por outro lado, como os meros exemplos citados pelo professor como forma de ilustrar sua explanação. Tem também inegável cunho histórico, ao possibilitar o entendimento acerca das razões que levaram à tomada de determinada decisão. Os alunos, ao lerem um acórdão e os respectivos votos, podem se sentir instigados na análise

do raciocínio judicial e das divergências de fundamentos, até mesmo, entre os juízes que concluíram o caso de modo igual.

Por outro lado, a adoção única de tal método passa a impressão equivocada de que o Direito é aquilo que os tribunais dizem (GHIRARDI, 2012), numa postura realista que demonstra profundo ceticismo em relação à norma jurídica. Hart aponta como a posição realista desconfia das normas jurídicas e do papel delas como padrões que, efetivamente, informem a atividade judicial:

O ceticismo em relação às normas merece realmente nossa atenção, mas apenas como uma teoria sobre a função das normas na decisão judicial. Assim, mesmo que admitamos todas as objeções para as quais chamamos a atenção, a teoria se reduz à tese de que, no que diz respeito aos tribunais, nada existe que limite a área de textura aberta, de modo que é falso, senão insensato, considerar que os próprios juízes são sujeitos a normas ou “obrigados” a decidir as causas como o fazem. Eles podem até atuar como uniformidade e regularidade suficientemente previsíveis, para permitir que os outros vivam, durante longos períodos, de acordo com as decisões dos tribunais, considerando-as como normas. Podem até sentir certa compulsão para tomar as decisões que tomam, e esses sentimentos também podem ser previsíveis; mas, fora isso, nada existe passível de ser caracterizado como uma norma que devam seguir. Não há nada que os tribunais tratem como padrões de procedimento judicial correto, e, portanto, nada há nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno típico da aceitação de normas.

Tal postura não pode ser admitida num Estado Democrático de Direito que promove a separação entre o Poder Judiciário e Legislativo, já que converte juízes em legisladores. Além disso, se o Direito é o que os tribunais assim dizem, não haveria como explicar o papel das normas que criam tais instituições¹⁹.

O diálogo socrático busca reproduzir o método de Sócrates, tentando alcançar o conhecimento a partir de série de indagações que visam demonstrar como as certezas do interlocutor podem ser desconstruídas e postas em permanente dúvida. O diálogo socrático pode ser entendido num sentido estrito e num sentido amplo. Em sentido estrito, o diálogo socrático atribui pouca importância à precisão conceitual por parte dos alunos. Busca-se, antes disso, o bom desenvolvimento do raciocínio (GHIRARDI, 2012). Em sentido amplo, a

¹⁹ A seguinte passagem esclarece a crítica ao realismo: “No entanto, nesse ponto, cabe fazer uma outra pergunta: Como sabemos que são os juízes? O realismo não fornece uma resposta coerente para essa questão, permanecendo aparentemente válida a observação de Kelsen e Hart, entre outros, de que esse corrente deve pelo menos admitir a existência de normas que dão a certos indivíduos a competência para agirem como juízes, não havendo nenhuma propriedade natural que distinga os juízes dos não juízes, dependendo, sim a diferenciação de que os primeiros estejam autorizados por certas normas e outros não” (NINO, 2015, p. 54).

série de perguntas efetivadas busca, justamente, alcançar a precisão conceitual. Segundo Ghirardi (2012, p. 56):

Ela difere dos métodos tradicionais de apresentação porque não estabelece o conceito como um ponto de partida, mas como um ponto de chegada e porque conduz o diálogo com alunos de modo a propiciar uma construção coletiva (e não individual) e crítica (não passiva) dos conceitos.

A representação de papéis ou *role-play* coloca os alunos na posição de algum agente atuante no caso em análise, seja como, por exemplo, advogado, sociedade civil, ministério público ou juiz. Ao incorporar esse papel, cabe ao aluno se coloca no lugar de tal pessoa e argumenta no caso como se pertencesse, efetivamente, a tal grupo ou instituição. A imersão pode ainda ser maior, quando, para além do *role-play*, tem-se a simulação, quando situações como o próprio julgamento do caso proposto pode ser efetivado, como se tem, por exemplo, com os júris simulados. Nesse caso, a atuação é ainda mais proeminente, já que não só os argumentos de cada parte são defendidos, mas também se busca analisar os impactos concretos deles e a possível solução para o caso a partir da representação direta dos papéis, enfatizando o processo de interação entre os alunos (GABBAY; SICA, 2009).

Na aprendizagem com base em problemas ou *problem-based learning*, tem-se uma situação problema lançada pelo professor a qual deverá ser enfrentada pelos alunos sob um ângulo multidisciplinar, ou seja, para além da mera análise jurídica (PEREIRA, 2009). É um método, então, que busca ampliar o diálogo entre o Direito e demais disciplinas como economia ou psicologia. Posto o problema, os alunos são instigados a raciocinar analisando como o Direito poderia contribuir para a solução dele, mas sem descuidar de aspectos como: a) conveniência em torno de eventual judicialização e consequência prática disso na vida das pessoas envolvidas; b) resultados econômicos para as partes envolvidas e para a sociedade como um todo, especialmente em casos complexos; c) possibilidade de solução extrajudicial ao conflito e igualmente, quais os impactos envolvidos em tal decisão.

Como tais técnicas podem ser usadas no ensino do controle de constitucionalidade? Há diversas formas de abordagem possíveis, evidentemente. Eis algumas considerações que podem contribuir para uma maior participação dos alunos no estudo de tal área do Direito Constitucional.

3 O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As clínicas de Direito, em que pesem as dificuldades práticas na operacionalização antes apontadas, podem servir para o enfrentamento concreto de diversos temas que desafiam o controle de constitucionalidade sobre direitos fundamentais. A clínica de Direitos humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro pode ser citada como um exemplo de tal prática, tendo contribuído, por exemplo, para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 no contexto da sistemática e estrutural violação aos direitos humanos dos presos no sistema penitenciário brasileiro. Sem adentrar no mérito acerca da correção da tese em torno do estado de coisas inconstitucional, é inegável que a atuação da clínica promoveu relevante tratamento prático ao tema. A replicação do modelo de clínicas, no entanto, somente pode ser implementada a partir de amplo apoio institucional, não dependendo, portanto, unicamente da atuação do professor.

Os diálogos socráticos podem ser utilizados pelo professor para introduzir quaisquer dos temas estudados em controle de constitucionalidade antes citados. No estudo acerca do conceito de inconstitucionalidade, poderia ser objeto de diálogo questões como: o que significa dizer que uma lei é inconstitucional? Quando se considera uma lei existente? O que significa dizer que uma lei é nula? O que significa dizer que uma lei é anulável? Por que a inconstitucionalidade é um conceito de relação? O que se entende por parâmetro de controle? O que se entende por objeto de controle? Os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos podem ser parâmetro de controle? E objeto? O que é o controle de convencionalidade? O que é controle de supralegalidade? O que é controle de legalidade? Evidentemente, cada pergunta constitui mero ponto de partida para indagações mais profundas em seguida, a partir da própria resposta do aluno.

Como executar tal prática numa turma com mais 80 alunos, como já vivenciado pelo autor deste texto? Uma solução encontrada para promover a participação de todos os alunos foi a estipulação prévia de quem participaria em cada aula, elencando-se também com antecedência o tema objeto de indagação, a fim de evitar surpresas e instigar o aluno a promover um mínimo de leitura antes da aula, propiciando participação com mais qualidade. Desse modo, até o final do semestre todos os alunos teriam participado. A vantagem de tal prática é conseguir alcançar todos os alunos. A desvantagem é reduzir a participação, em cada aula, a somente parcela deles. Levando em conta que, se fosse um trabalho não dirigido, somente os mesmos alunos de sempre participariam, tem-se que tal aplicação da metodologia tem mais vantagens que desvantagens, tendo sido possível comprovar isso durante o semestre.

O estudo de caso é lembrado logo no estudo histórico do controle de constitucionalidade, quando Marbury x Madison é analisado a partir de tal metodologia (COLNAGO, 2010). Logicamente, cabe ao professor indicar os textos necessários para leitura previa, tais como: a) o artigo LVXXIII dos *federalist papers*²⁰, no qual Alexander Hamilton defende o papel das cortes como garantidoras da Constituição ao invalidar uma lei que viole aquela; b) mais importante ainda, a própria decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, cabendo ao professor destacar a importância de se compreender o papel de todos os personagens envolvidos, tamanha a riqueza política e jurídica dos interesses contrapostos, pelos Presidentes John Adams e Thomas Jefferson e pelos demais agentes, James Madison, William Marbury e John Marshall.²¹ Uma forma de explorar o estudo de caso é conjugá-lo com os diálogos socráticos, elaborando-se questões a partir do caso estudado.

O potencial dos debates no estudo do controle de constitucionalidade é marcante quando da análise dos grandes temas envolvendo a legitimidade democrática de tal prática. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo, pretensa superação do positivismo jurídico e ativismo judicial numa democracia que, repita-se, preza pela separação entre os poderes. É possível justificar tais práticas? Os parlamentos têm sido levados a sério pela teoria e filosofia do Direito? Por que as cortes gozam de reputação tão mais elevada em relação aos parlamentos? É defensável a tese de que o Presidente da República, somente, poderia ser o guardião da Constituição? Todos esses temas estão relacionados a candentes debates entre autores como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin.

²⁰ A seguinte passagem é elucidativa: “Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juízes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislador, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes” (MADISON; HAMILTON; JAY (1993. p, 480 – 481).

²¹ De modo breve: John Adams (Presidente dos Estados Unidos eleito pelo partido Federalista), perde as eleições presidenciais de 1800 e nomeia diversos Juízes Federais aliados, dentre eles William Marbury. John Marshall, futuro presidente da Suprema Corte Americana e então Secretário de Estado, ficara encarregado de entregar os atos de nomeação (“comissões”). Thomas Jefferson, novo Presidente eleito pelo partido Republicano, percebe a estratégia e ordena que seu Secretário de Estado, James Madison, não efetive a entrega da “comissão”. Marbury, sentindo-se prejudicado, impetra writ (mandado de segurança) perante a Suprema Corte Americana, a fim de ter sua nomeação efetivada.

Kelsen defendia que cabia ao Tribunal Constitucional o papel de guardião da Constituição (KELSEN, 2013). Suas ideias influenciaram fortemente a criação da Constituição da Áustria de 1920 e o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade. Mas o normativismo de Kelsen foi duramente combatido pelo pensamento decisionista de Carl Schmitt, o qual defendia que o controle judicial levaria, necessariamente, à politização da justiça (SCHMITT, 2007). As ideias defendidas por cada um, em textos que, obviamente, devem ser disponibilizados aos alunos previamente, desenvolverá o necessário olhar crítico que se deve ter sobre qualquer prática jurídica. A complexidade de alguns temas demanda o papel ativo do professor num primeiro momento de orientação sobre a forma de leitura das obras, delimitando os pontos de maior divergência e situando o debate entre os autores no contexto da fragilização do positivismo jurídico e da ascensão do nazismo e das posições não-positivistas como a de Schmitt.²² Mas é claro que tal debate merece ser atualizado. Sendo assim, a aposta de Jeremy Waldron (1999) na capacidade de os parlamentos deliberarem de maneira séria, levando os desacordos de boa-fé entre as pessoas acerca dos direitos que elas supõem terem, bem como a oposição central do autor ao controle judicial (WALDRON, 2010) e a busca pela dignidade da legislação (WALDRON, 2003), são pontos de divergência ampla com autores como Ronald Dworkin. Este defende o controle judicial apontando, dentre tantos argumentos, que certos temas relacionados aos direitos individuais somente são levados a sério nas Cortes, local em que os interesses dos envolvidos são, de fato, escutados por alguma autoridade pública, no caso o juiz. Sustentando que é papel dos juízes encontrar a solução correta para um caso, especialmente quando se está diante de temas moralmente controvertidos que demandarão um apelo aos princípios²³, o autor adota posicionamento diametralmente oposto ao de Waldron. A divergência pode ser ilustrada a partir do debate sobre o aborto, eis que Dworkin admite que juízes possam julgar a

²² Desse modo, deve-se rechaçar a denominada *reductio ad Hitlerum*, falácia que sustenta ter sido o positivismo jurídico a teoria que possibilitou as atrocidades do nazismo. Andityas Soares de Moura Costa Matos (2008), por exemplo, responde tal acusação em artigo dedicado ao tema, cuja passagem seguinte é representativa: “Apesar de não trazer consigo de modo necessário uma teoria da obediência, o positivismo jurídico sempre defendeu o primado da norma jurídica diante do subjetivismo político-jurídico dos governos autoritários e, com maior razão, contra a experiência totalitária. Nesse sentido, o juspositivismo punha-se como barreira intransponível diante dos totalitarismos do século passado, abertamente ilegítimos e hostis a qualquer racionalidade extrínseca ao movimento político, tais como os conceitos encampados pelo arcabouço teórico juspositivista”.

²³ Não há como desenvolver as ideias em torno das normatividades dos princípios neste texto. Basta mencionar que o autor utiliza como ponto de partida para sua tese o famoso caso *Riggs x Palmer* (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 - 1889), no qual se discutia se um filho que assassinou o próprio pai poderia herdar. A solução encontrada pela Suprema Corte americana, elogia por Dworkin e fruto de divergência com diversos autores positivistas, foi recorrer ao princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza para decidir pela impossibilidade de reconhecimento de direito à herança (DWORKIN, 2010, p. 37).

criminalização de tal prática (DWORKIN, 2006, p. 46), sob certas circunstâncias, inconstitucional, enquanto Waldron apresenta posição radicalmente contra (WALDRON, 2009).

Novamente, é papel do professor situar o debate de modo mais amplo. Dworkin insere sua crítica a partir da oposição ao positivismo, tomado pelo autor de maneira geral, mas a partir da formulação influente de Herbert Hart. O anti-positivismo de Dworkin, no entanto, foi respondido pelo próprio Hart e por diversos outros autores que conseguiram afastar a maioria das acusações feita por aquele. Waldron é um desses autores positivistas, defendendo uma concepção denominada positivo ético ou normativo, na qual tem-se como papel do jurista não somente descrever o Direito como ele é, mas também como ele deve ser (WALDRON, 2005).

O *role-play* e a simulação encontram grande aceitação entre os alunos, pois constitui, muitas vezes, a primeira experiência prática efetivamente levada a cabo por eles. Na representação de papéis, pode ser estipulado, por exemplo, como o aluno redigiria ação civil pública, na condição de membro do Ministério Público, ante representação recebida por determinado torcedor impedido de utilizar camisa com mensagem de cunho político em estádio de futebol. A representação da defesa, por sua vez, defenderia a constitucionalidade de tal proibição, podendo o caso contar com participação de *amicus curiae* para subsidiar a representação do aluno que ficasse responsável por elaborar a sentença.

Outro exercício riquíssimo, consistiria em simular um julgamento de alguma ação de controle concentrado. O Supremo Tribunal Federal (STF) simulado poder-se-ia desenvolver da seguinte forma: a) o professor passaria um problema a um dos alunos que ficaria responsável pela elaboração da petição inicial pertinente, como, por exemplo, no caso em que partido político ajuizasse ação buscando a descriminalização do aborto perante o STF; b) após a elaboração da inicial, seria sorteado o relator para o caso; c) seriam elencadas em seguida as entidades que pleiteariam participação na condição de *amicus curiae*; d) consequente intervenção do Advogado Geral da União (AGU); e) emissão de parecer por parte do Procurador Geral da República (PGR); f) inclusão do processo em pauta para julgamento, preferencialmente numas das últimas aulas do ano, a fim de que a maior parte do conteúdo já tenha sido vista.

Cada aluno ocuparia um dos papéis acima mencionados, cabendo ao professor presidir a sessão de julgamento, mas tendo o cuidado, obviamente, de deixar os alunos participarem amplamente, intervindo somente para dar bom andamento aos trabalhos e, ao final, para fazer o devido feedback, quando fosse proferir o voto final. Diversas questões poderiam ser avaliadas pelo professor: a) foi proposta a ação pertinente? b) caso não tenha sido, como os

ministros se comportaram? c) Adotaram a fungibilidade? d) o relator deferiu a intervenção dos amigos da corte? e) como foi efetivada a fundamentação de tal decisão? f) cabe recurso? g) como o AGU se comportou? h) poderia defender tanto a inconstitucionalidade como constitucionalidade da criminalização do aborto? i) qual o papel do PGR? j) durante o julgamento, como os ministros se comportaram, especialmente diante da divergência?; l) os votos foram bem redigidos, contando com pesquisa pertinente sobre a questão, sejam e nível doutrinário²⁴ e jurisprudencial?

Tal atividade seria levada a cabo por cerca de 21 alunos, colocando-se quatro entidades na condição de amigos da corte e dividindo-se a participação entre dois alunos. Haveria a possibilidade de ampliação, a critério do professor, para 31 alunos, caso colocasse um assessor para cada Ministro, dividindo a tarefa de elaborar a sentença. Em salas muito mais numerosas que essas, poderia ser adotado critério objetivo para participação, a partir, por exemplo, da nota dos alunos nas provas anteriores. Os demais alunos não ficariam excluídos da participação: na condição de estudantes de direito que estivessem assistindo ao julgamento, deveriam elaborar resenha crítica sobre o caso.

O *problem based-learning* tem ampla aplicação no estudo do controle de constitucionalidade, já que a declaração de inconstitucionalidade sobre determinada norma pode apresentar, por si só, reflexos em diversas áreas da sociedade, para muito além do Direito. Imagine-se, por exemplo, eventual anistia ao caixa 2 e, quem sabe, até mesmo a outros tipos de crimes, aprovada pelo Congresso Nacional. Como tal questão deveria ser enfrentada? Há diversas abordagens possíveis: a) sob o aspecto da política real, poder-se-ia defender que tal lei trás estabilidade política, não consistindo em problema algum a merecer enfrentamento; b) sob o aspecto econômico, estabilidade política poderia contribuir para melhoria da economia; c) sob o aspecto ético, poder-se-ia invocar que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza; d) sob o aspecto jurídico, poder-se-ia sustentar a inconstitucionalidade da norma²⁵, devendo-se imaginar também qual seria a postura do STF e qual seria nova reação da classe política ante decisão que lhe fosse contrária.

Finalmente, os seminários poderiam ser úteis para aqueles alunos que já demonstrem interesse para o aprofundamento do estudo do controle de constitucionalidade em futuro

²⁴ Nesse ponto, será essencial os alunos já terem previamente debatido os textos de Waldron e Dworkin antes citados, os quais controvertem especialmente acerca da legitimidade de juízes descriminalizarem o aborto.

²⁵ A Constituição, em momento algum, trás regulamentação específica sobre o conteúdo possível da anistia, não fixando em norma clara os tipos de crimes que poderiam ser objeto de causa extintiva da punibilidade. Sendo assim, a tese acerca da inconstitucionalidade seria altamente controvertida, sendo citada no texto não como um fácil reconhecimento acerca de sua caracterização, mas sim como uma possibilidade a ser explorada pelos alunos.

trabalho de conclusão de curso, expondo suas leituras e apresentando as dificuldades encontradas para análise em sala, com a orientação do professor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista toda a sustentação antes apresentada, entende-se que foi possível comprovar a ideia central deste artigo: as metodologias ativas podem contribuir amplamente para o ensino participativo do controle de constitucionalidade. Durante a leitura, foi possível constatar como as diversas habilidades e competências previstas, por exemplo, nos arts. 3º e 4º da Resolução CNE/CES N° 9, de 29 de setembro de 2004, podem ser alcançadas a partir da atuação centrada nos alunos e com a coordenação do professor.

Habilidades e competências tais como leitura e interpretação de textos jurídicos podem ser desenvolvidas, por exemplo, a partir dos estudos de caso, seminários ou debates, contando com a prévia indicação e delimitação do tema por parte do professor. A aquisição de informação mínima sobre cada assunto, a qual demanda prévia leitura, pode ser controlada pelo professor através dos diálogos socráticos, momento em que outra relevante habilidade, a oralidade, também será estimulada.

As competências voltadas para a vida profissional, igualmente, podem ser desenvolvidas a partir de exercícios como o *role play* ou simulação. Mesmo a simulação de julgamento perante o STF, Corte sediada em Brasília e, em princípio, de difícil acesso ao profissional do Direito apresenta vantagem: é possível que, em algum ponto da carreira profissional, haja necessidade de o futuro advogado atuar perante o STF ou outro tribunal, em questões envolvendo controle de constitucionalidade.

Com isso, resta claro que as metodologias participativas não excluem o papel do professor, nem muito menos substitui completamente as aulas expositivas. Estas continuam sendo essenciais, principalmente para a disseminação de informações fundamentais para posterior aplicação ou exercício de juízos de valor crítico sobre o objeto do estudo.

REFERÊNCIAS

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. O estudo do caso Marbury vs. Madison como estratégia diferenciada de ensino do controle de constitucionalidade. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari (Orgs). **Ensino Jurídico: Experiências Inovadoras**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p, 37.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p, 46.

FERREIRA, Dhaniel Luckas Terto Madeira. As metodologias participativas como renovação ao ensino jurídico teórico-expositivo. *In: **Aprendendo Direito: didática do ensino jurídico***. Vol. 1. JUNIOR, Antônio Jorge Pereira; GUERRA, Marcelo Lima Guerra; CARDOSO, Nardejane Martins (Orgs.). Boulesis Editora, 2016, p. 33.

GABBAY, Daniela Monteiro; SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Role-play. *In: **Métodos de ensino em Direito – conceitos para um debate***. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

GHIRARDI, José Garcez. **O instante de encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p, 179.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MACHADO, Ana Maria França; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Seminário. *In: **Métodos de ensino em Direito – conceitos para um debate***. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad Hitlerum. *In: **Teoria do direito neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*** DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). São Paulo: Método, 2008.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LXXVIII*. *In: **Os artigos federalistas***. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle edition.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 54.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Problem based learning (PBL)**. In: **Métodos de ensino em Direito** – conceitos para um debate. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 6ª Ed. Porto: Afrontamento, 1989.

RAMOS, Luaciana de Oliveira. SCHORSCHER, Vivian Cristina. Método do caso. In: **Métodos de ensino em Direito** – conceitos para um debate. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

SCABIN, Flávia; ACCA, Thiago. Clínica de direito. In: **Métodos de ensino em Direito** – conceitos para um debate. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Bigonha Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Bigonha Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. Normative (or ethical) positivism. In: **Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. Kindle edition.



04

A POLÍTICA TRIBUTÁRIA COMO INDUTORA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL: PRIMEIROS PASSOS DA TRIBUTAÇÃO VERDE NO BRASIL

**Pâmela Náíade de Alencar Souza
Humberto Henrique Costa Fernandes do Rego**

A POLÍTICA TRIBUTÁRIA COMO INDUTORA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL: PRIMEIROS PASSOS DA TRIBUTAÇÃO VERDE NO BRASIL



TAX POLICY AS AN INDUSTRY OF ENVIRONMENTALLY SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT: FIRST STEPS OF GREEN TAXATION IN BRAZIL

Pâmela Náíade de Alencar Souza²⁶

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rego²⁷

Resumo

O presente trabalho visa analisar o aproveitamento da política fiscal brasileira como forma de induzir um padrão de desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável, o que convencionou-se chamar de Tributação Verde. Estudos econômicos e casos práticos brasileiros apontam que inúmeros instrumentos tributários podem ser utilizados para fomentar a transição para uma economia verde.

Palavras-chave: Tributação Verde; desenvolvimento Sustentável; incentivos.

Abstract

The present work aims to analyze the use of the Brazilian tax policy as a way of inducing a pattern of environmentally sustainable economic development, which is conventionally called Green Taxation. Brazilian economic studies and practical cases point out that numerous tax instruments can be used to foster the transition to a green economy.

Keywords: Green Taxation; sustainable development; incentives.

²⁶ Advogada. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Ibmec São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

²⁷ Advogado. Escritor. Professor da Faculdade de Direito da UERN. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Público pela Faculdade de Ciência e Tecnologia *Mater Christi*. Bacharel em Direito pela UERN.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preceitua que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observado, dentre outros, o princípio da defesa do meio ambiente, inclusive com tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos respectivos processos de elaboração e prestação (art. 170, caput e VI).

Em outros artigos, a Constituição Cidadã elevou ao patamar de direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e imprescindível à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para gerações presentes e futuras (art. 225, caput).

Nesta linha de intelecção, evidente que as atividades econômicas não podem buscar somente a geração de riquezas, pois devem ser balizadas pela preservação do bem comum. Para tanto, o papel do Estado vai muito além da elaboração de normas programáticas esparsas, cabendo assegurar a efetivação destas, por meio de educação ambiental continuada e de instrumentos que influenciam na economia - inclusive os de cunho tributário.

Roque Carrazza (2013, p. 801) leciona que mereceria encômios a legislação que estabelecesse: a redução ou até a isenção do IPI sobre a comercialização de produtos industrializados ecologicamente corretos; a isenção de ICMS sobre produtos agrícolas cultivados sem agrotóxicos ou a isenção de IPTU para o contribuinte que efetuasse a manutenção de parques e jardins públicos.

De fato, são eficientes e praticamente infinitas as possibilidades de tratamento favorecido ao contribuinte em virtude da proteção do meio ambiente natural. Através de mecanismos como benefícios fiscais, o Estado pode, por exemplo, incentivar pessoas que trabalham com produtos recicláveis ou de menor impacto ambiental, de modo que os preços de mercado reflitam de forma justa os seus custos ambientais.

Acerca dos custos ambientais como um fator de diferenciação para empresas, Azevedo, Gianluppi e Malafaia (2007, p. 85) pontuam que tais custos são tratados na literatura contábil como externalidade e como custo de qualidade. Enquanto externalidade, além do custo de produção, pondera o custo externo de degradação ambiental e a consequente perda do bem-estar. Por outro lado, trata-se também de custo de qualidade ambiental, decorrente da criação, detecção, correção e prevenção da degradação ambiental provocada.

Via de regra, os agentes econômicos não arcam com os altos custos ambientais de suas atividades e, uma vez que aqueles não são refletidos nos valores de mercado, os consumidores são atraídos pelos baixos preços dos que comprometem o bem comum. Assim sendo,

produtos e serviços ecologicamente corretos perdem competitividade por serem mais caros, configurando um preocupante desvio de eficiência de mercado a ser corrigido.

Acontece que, hodiernamente, permanece no Brasil o desafio de compatibilizar os direitos ao desenvolvimento e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que urge a necessidade de uma regulação estratégica da economia para equilibrar os custos ambientais que comprometem cada vez mais a qualidade de vida da população.

Sendo assim, o objetivo deste estudo é refletir sobre a importância da intervenção estatal, sobretudo mediante a consolidação de uma nova ética tributária verde, para estimular o desenvolvimento econômico ecologicamente sustentável.

1 DESENVOLVIMENTO OU MEIO AMBIENTE: O FALSO DILEMA

A priori, é preciso aclarar que desenvolvimento econômico não é sinônimo de crescimento econômico, vez que este é aferido tão somente por variáveis quantitativas, como o Produto Interno Bruto (PIB). Por sua vez, o desenvolvimento pressupõe igualmente o progresso de inúmeras variáveis qualitativas, como saúde, educação, democracia, sustentabilidade e combate à pobreza multidimensional.

A compreensão do caráter qualitativo e multifatorial do desenvolvimento econômico é imprescindível desde o reconhecimento do desenvolvimento (econômico, social, cultural e político) como direito humano de terceira dimensão, sobretudo a partir da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento²⁸.

A interdependência é incontestável: os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que a satisfação destes últimos garante o gozo daqueles. Por tal razão, os Estados devem, segundo os princípios da participação e da *accountability*, assegurar a elaboração, a implementação e o monitoramento de políticas de desenvolvimento abrangente.

Vieira (2016, p. 165) sintetiza com clareza: “o direito ao desenvolvimento surge a partir da constatação de que o processo para se alcançar o desenvolvimento não ocorre naturalmente, pressupondo a atuação de todos”.

No Brasil, o desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, II) e o desenvolvimento, em sentido mais amplo, é um direito fundamental implícito,

²⁸ Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

decorrente do regime e dos princípios constitucionais, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faz parte²⁹.

Acontece que a concretização desse direito demanda uma globalização mais ética e solidária, pois só é possível se falar em desenvolvimento econômico quando governos, setores públicos e privados assumirem de fato os compromissos com a sustentabilidade. São exemplos: reduzir as emissões de gases de efeito estufa, movimentar os padrões sustentáveis de distribuição de energia e erradicar a pobreza.

O debate sobre o tema culminou na Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em 2015, encontro no qual todos os países-membro da Organização das Nações Unidas (ONU) definiram Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e metas integradas, a serem executadas continuamente até o ano de 2030.

O documento popularizado como Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, especialmente no objetivo 8, destaca a necessidade de um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, com emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos (ONU, 2015). Para atingir esse fim, é preciso dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, mediante uma mudança dos padrões de consumo e produção.

O que a Agenda 2030 e tantos outros documentos internacionais antecedentes reforçam é simples: é falso o antagonismo entre desenvolvimento e meio ambiente, uma vez que um é fonte de recursos para o outro e devem harmonizar-se.

Neste ponto, é válido citar que o termo meio ambiente se refere à interação de todos os elementos que interferem no desenvolvimento equilibrado das diversas formas de vida. Malgrado seja um conceito unitário, é classificado pela doutrina e jurisprudência³⁰ em diferentes dimensões, são elas: natural, artificial, cultural e do trabalho.

²⁹ O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que abordam o direito ao desenvolvimento, dentre os quais vale destacar: a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³⁰ EMENTA: (...) A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1/Distrito Federal. Requerente: Procurador-Geral da União. Requerido: Presidente da República. Interessados: Estado de São Paulo e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, DJ de 3 de fevereiro de 2006).

O presente estudo faz menção, sobretudo, às dimensões natural e artificial, que são a essência da Política Nacional do Meio Ambiente, traçada pela Lei Federal nº 6.938/81. O meio ambiente natural ou físico (atmosfera, biosfera, águas, solo, subsolo, fauna e flora) é o amplamente tutelado pelo caput e parágrafos do art. 225 da Constituição Federal.

Por sua vez, o meio ambiente artificial compreende o espaço urbano construído e as necessidades humanas que surgem nele (saneamento, infraestrutura urbana, serviços públicos, lazer etc.). Pela preocupação com esse aspecto, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).

Nem de longe equivale a dizer que a política ambiental deve obstar o desenvolvimento, mas apenas que um deve observar as exigências do outro, em cada contexto particular. Eis a essência da expressão desenvolvimento sustentável, utilizada pela ONU desde 1987 (no relatório “Nosso Futuro Comum”), origem do dever estatal de implementar políticas públicas que atendam ao princípio do tratamento diferenciado ao meio ambiente.

O dever de atuação indireta do Estado no setor privado, como agente regulador da atividade econômica, surge também num contexto histórico de questionamento do liberalismo. Numa sociedade desregrada, as forças do mercado nunca induziriam a convergência dos interesses econômicos, sociais e ambientais. Em verdade, o destino do mundo movido somente por ambições particulares é inexoravelmente o caos ambiental.

Para Castro (2016), com a inércia do Estado, os agentes econômicos recebem sinais invertidos do mercado em relação ao bem-estar da coletividade e o sistema de preços acaba por inibir a geração de inovações. Com uma carga tributária mais pesada para os bens ou serviços que geram impactos ambientais negativos, é de se esperar que seus produtores busquem reduzi-los, sendo a inovação o principal meio para tanto.

Muito além da ultrapassada concepção de tributos com função meramente fiscal, a oneração ou desoneração pode ter a nobre missão de induzir comportamentos mais condizentes com o interesse público, como a proteção do meio ambiente. Principalmente através de incentivos fiscais (em sentido amplo: regimes aduaneiros diferenciados, isenções, imunidades etc.), o Estado pode induzir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

No clássico exemplo do aquecimento global, após a iniciativa dos países nórdicos, há uma convergência internacional no sentido de adotar algum tipo de tributo sobre emissões ou sistemas de negociação de créditos de carbono, como forma mais hábil para frear o aquecimento e impulsionar uma economia mais limpa.

Destarte, o estudo da função ambiental dos tributos, partindo de exemplos internacionais e nacionais, demonstra a importância e eficiência de instrumentos tributários para viabilizar a almejada sustentabilidade, sem tornar o modelo fiscal insuportável ao setor produtivo.

2 A TRIBUTAÇÃO VERDE NO BRASIL

O Estado retira parte do patrimônio das pessoas não só para sustentar a própria estrutura, mas também para oferecer serviços públicos que garantam o bem-estar social. Esta finalidade predominantemente extrafiscal justifica a concessão de benefícios para induzir os contribuintes, seja inibindo condutas reprováveis ou estimulando comportamentos desejáveis.

Sob a ótica da extrafiscalidade, não faz sentido falar em Justiça Fiscal e capacidade contributiva, mas em Justiça Social aferida pelo princípio da proporcionalidade, que no direito ambiental se traduz no princípio do desenvolvimento sustentável (FIORILLO; FERREIRA, 2018, p. 91).

À propósito, é válida a digressão: a doutrina utiliza mais a expressão direito ambiental tributário, ao invés de direito tributário ambiental, exatamente porque os tributos extrafiscais em comento buscam seu fundamento primordialmente nos valores estruturantes do direito ambiental, e não nos princípios constitucionais da tributação (CF, art. 145 a 149-A).

Abordadas essas premissas básicas, é possível avançar para a análise de como alguns tributos previstos no ordenamento jurídico brasileiro podem direcionar a economia para os fins ambientalmente desejáveis.

O imposto (CTN, art. 16) diferencia-se das demais por não ser vinculado a nenhuma contraprestação específica do ente tributante e ser vedada a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa (CF, art. 167, IV). Assim, não é possível majorar um imposto e vincular o produto da arrecadação a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal ou a entidades privadas de proteção ambiental.

Por outro lado, determinados impostos são intrinsecamente relacionados a tutela de bens ambientais e a alternativa do legislador ordinário brasileiro tem sido utilizar a extrafiscalidade para que a arrecadação daqueles gerem impactos econômicos positivos.

Estudos apontam que o Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza (IR) foi o primeiro tributo brasileiro a ser empregado com uma função ambiental. (MONZONI, 2013, p. 134). A Lei nº 5.106/1966, estabeleceu que as importâncias empregadas em

florestamento e reflorestamento podem ser abatidas ou descontadas nas declarações de rendimentos de pessoas físicas ou jurídicas.

A legislação do IR também permite incentivos fiscais do IRPJ para projetos voltados à conservação do meio ambiente, redução da poluição ambiental e valorização do trabalhador, bem como a dedução de valores doados a entidades ou projetos na área. Contudo, ainda são poucos os exemplos sancionados, apesar dos diversos projetos de lei neste sentido.

Em relação aos tributos federais, é válido refletir também sobre a flexibilização do princípio da estrita legalidade. Por força do art. 153, §1º, da Constituição Federal, é facultado ao Poder Executivo, atendidas às condições e aos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos sobre Importação (II), sobre Exportação (IE), sobre Produtos Industrializados (IPI) e sobre Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários (IOF).

A extrafiscalidade também pode ser exercitada mediante a aplicação da seletividade, técnica de incidência de alíquotas segundo a essencialidade (utilidade social) do produto, praticável no âmbito do IPI (CF, art. 153, § 3º, I) e do ICMS (CF, art. 155, §2º, III).

Se por um lado, é possível induzir práticas desejáveis, ao revés, também é premente a necessidade desestimular certas atividades claramente poluidoras ou degradantes, com a majoração de alíquotas tributárias ou a eliminação de quaisquer benefícios fiscais àquelas. Neste sentido, por exemplo, é louvável retirar os benefícios concedidos a agrotóxicos, que há muito tempo possuem isenção fiscal ou redução da base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais.

Adentrando na competência tributária estadual, destaca-se a função ambiental do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), considerando ser o ICMS a principal fonte de receitas estaduais e, assim, seu potencial para revolucionar toda a política tributária dos estados brasileiros. Este imposto será minudentemente no próximo tópico.

É válido citar que o IPVA também pode ter viés ecológico com a aplicação de alíquotas diferenciadas (CF, art. 155, § 6º, II), a redução de base de cálculo ou a até a isenção em razão do tipo de veículo e suas emissões de gases de efeito estufa.

Não menos importante, no âmbito de competência municipal, merece destaque o chamado IPTU Verde, com a finalidade de incitar boas práticas de construção e uso do solo, como a eficiência energética, o uso de energias renováveis, a gestão e a economia da água, a coleta seletiva, o isolamento termo acústico, a acessibilidade das edificações etc.

A título exemplificativo, a Lei Complementar nº 096/2013, que instituiu o Código Tributário do Município de Mossoró, estabelece a isenção do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano (IPTU), em 50% (cinquenta por cento) do seu valor, para o imóvel construído sob os princípios da sustentabilidade ambiental (art. 32, VI). Já outros municípios, como o de São Paulo (Lei nº 10.365/1987), concedem descontos para imóveis com vegetação de preservação permanente.

No que tange às taxas, a Lei nº 10.165/2000 criou a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Os valores de arrecadação são fixados segundo o porte econômico da Pessoa Jurídica, o potencial poluidor e o grau de utilização de recursos naturais de cada uma das atividades sujeitas à fiscalização.

A contribuição de melhoria, por seu turno, é exação bilateral como as taxas, mas decorre da valorização imobiliária em virtude de uma obra pública, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (CTN, art. 81). Assim sendo, depende do benefício decorrente de uma atividade estatal específica, direcionada ao contribuinte-proprietário.

Poucas vezes esta contribuição foi exigida e, dada suas especificidades, é mais restrita sua utilização para estimular ou desestimular atividades econômicas. Todavia, essa espécie tributária é diretamente relacionada ao melhoramento do meio artificial e também é possível que a valorização imobiliária decorra de obras públicas ecológicas, como parques urbanos.

Uma área verde urbana (como parques, jardins botânicos, complexos recreativos etc.) contribui para a preservação dos recursos naturais e a melhora, por exemplo, da qualidade do ar na sua área de domínio. Numa sociedade que busca cada vez mais a sustentabilidade ambiental, o bem-estar e a qualidade de vida em determinado local, indubitavelmente, deveriam ser considerados fatores de valorização imobiliária.

Por último, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais também são viáveis em virtude da tutela de bens ambientais. A aplicação dos recursos provenientes dessa exação será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição e esta, usualmente, decorre de catástrofes da natureza (terremotos, maremotos, incêndios, enchentes catastróficas, secas, tufões, ciclones etc.).

Também compete à União instituir “contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas” (CF, art. 149). As contribuições de intervenção no domínio

econômico (CIDEs) estão entre os instrumentos tributários mais importantes para correção de externalidades ambientais, atendendo ao princípio do poluidor – pagador.

Em se tratando de CIDEs, não há atuação fundada em poder de polícia, mas apenas atividade temporária e regulatória para corrigir falhas de mercado, como a não assimilação dos custos ambientais pelos preços de mercado. Para tanto, a contribuição pode ser exigida dos sujeitos potencialmente causadores dos danos (produtores) ou dos que tenham proveito direto dos danos causados (consumidores).

Os dois melhores exemplos desta modalidade de tributos são a Cide-Combustíveis (instituído pela Lei nº 10.336/2001, conforme art. 177, § 4º da CF) e a Cide-Royalties (instituída pela Lei nº 10.168). A primeira é relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível e os recursos arrecadados são destinados ao financiamento de projetos ambientais relacionados ao setor e a programa de infraestrutura de transportes (meio ambiente artificial).

Andrea Vialli (2014, p. 13) destaca os estudos do economista Bernard Appy, defensor da Cide-Carbono, que incidiria sobre os combustíveis fósseis e a pecuária de baixa produtividade, grandes responsáveis pelas emissões de gases de efeito estufa no Brasil. Outras propostas do estudioso são a desoneração fiscal da madeira oriunda de manejo sustentável na Amazônia e a isenção total do IPI e da PIS/Cofins para o arame farpado (item necessária para a reforma do pasto e a recuperação florestal nas propriedades agrícolas).

Ante todo exposto, conclui-se que ordenamento jurídico pátrio já possui um bom arcabouço para o uso de instrumentos econômicos como mecanismos de defesa ambiental. Tanto o é que o Brasil possui diversas experiências de tributação extrafiscal em face dos recursos naturais, das cidades, do patrimônio cultural e outros aspectos do meio ambiente.

Não é necessária, de imediato, uma reforma tributária ambiental para que os tributos tenham fins ambientais. O desafio é aprimorar os dispositivos que já existem na legislação tributária federal, estadual e dos municípios para conceder os estímulos corretos ao setor produtivo.

Nas últimas décadas, surgiram muitas propostas de reforma tributárias, algumas incluindo questões ambientais em suas justificativas. Todavia, é preciso atentar que a carga tributária elevada e a regressividade (injustiça fiscal) são as principais críticas ao sistema tributário nacional em vigor. Assim, é se as mudanças estruturais não forem abrangentes e com a participação popular, a criação de qualquer novo tributo será inviável politicamente.

Em suma, é preciso incentivar o desenvolvimento sustentável através de uma política fiscal-neutra, sem sobretaxar a carga tributária já tão pesada, bem como sem gerar prejuízo as contas públicas e violar as normas de responsabilidade fiscal.

Acertadamente, dentre as possíveis diretrizes para uma Política Fiscal Verde no Brasil, o estudo da GVces recomenda que “para cada aumento de tributação de determinada atividade poluidora, seja concedido um incentivo fiscal a uma atividade ecologicamente mais limpa ou socialmente mais correta, buscando o equilíbrio econômico-social do orçamento público” (MONZONI, 2013, p. 55).

3 A FUNÇÃO AMBIENTAL DO ICMS

Dos 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS que pertence aos municípios, até um quarto pode ser fixado por lei estadual, nos termos do artigo 158, inciso IV e parágrafo único, da CF. Assim, a maioria dos estados brasileiros tem utilizado o ICMS como incentivo econômico, garantindo mais recursos aos municípios que contribuem com o equilíbrio ecológico.

As transferências fiscais ecológicas (EFTs, na sigla inglesa) do ICMS, utilizando a expressão empregada por Peter May (2016), ou simplesmente ICMS Ecológico (ICMS-E), consistem na estipulação de critérios ambientais para repartição da parcela de receita transferida que pode ser disposta por lei estadual.

O Estado do Paraná foi o pioneiro com a Lei Complementar nº 59/1991, determinando a repartição entre os municípios que abriguem em seu território unidades de conservação ambiental (UCs) ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou aqueles com mananciais de abastecimento público.

Andrea Vialli (2014) afirma que alguns municípios pequenos do Paraná abocanham fatias generosas do ICMS Ecológico. É o caso de São Jorge do Patrocínio, com pouco mais de 6 mil habitantes, que abriga parte do Parque Nacional da Ilha Grande³¹: “o tributo verde responde por mais de 30% de sua arrecadação e possibilitou que a prefeitura investisse em programas de coleta seletiva, educação ambiental, informática nas escolas e sistemas de captação de água da chuva em prédios públicos.” (VIALLI, 2014, p. 15).

³¹ Unidade de Conservação brasileira criada em 1997, a partir de um projeto desenvolvido pelo IBAMA e pelos municípios integrantes do Consórcio Intermunicipal para a Conservação do Rio Paraná e Áreas de Influência (CORIPA).

Já Wilson Loureiro (2002) concluiu que após a criação do ICMS Ecológico no Estado do Paraná houve aumento da criação de unidades de conservação (municipais, estaduais e federais) e das Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN) em seu território, além da adoção de instrumentos de gestão ambiental por 77% dos municípios selecionados.

Seguindo o exemplo do Estado do Paraná, o imposto verde foi se difundindo gradativamente pelos estados brasileiros, através de legislação específica ou alteração na legislação de regência do próprio tributo, de acordo com interesses e particularidades locais.

Inicialmente, surgiu sobretudo na forma de compensação financeira aos municípios com áreas de preservação, que arrecadavam pouco pela ausência de indústrias e exploração econômica mais intensa em seus territórios. Acontece que, à luz do princípio do protetor-recebedor, o imposto verde é também uma recompensa pelos investimentos ambientais realizados, que beneficiam toda a região adjacente.

Em 1993, o Estado de São Paulo foi o segundo a seguir a tendência do ICMS ambiental. A Lei Estadual nº 8.510/1993 determinou que parte da quota municipal do ICMS seria distribuída em função de espaços territoriais especialmente protegidos existentes em cada município e no Estados.

No Estado de Minas Gerais, a Lei nº 12.050/1995, popularizada como Lei Robin Hood, dispôs sobre a distribuição da parcela da receita da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios segundo diversos aspectos sociais: população, educação, produção de alimentos, patrimônio cultural, meio ambiente (natural), saúde, atividade mineradora.

Dentro do critério meio ambiente (art. 1º, VIII, da Lei Estadual nº 13.803/2000), a distribuição do ICMS-E aos municípios mineiros ocorria considerando os sistemas de tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário, além das unidades de conservação.

Já o Estado do Mato Grosso, através da Lei Complementar nº 73/2000, inovou ao emendar a Constituição Estadual para combinar critérios ambientais com os índices econômicos e sociais na distribuição do ICMS. Um importante aspecto foi a incorporação tanto de UCs quanto de Terras Indígenas (TIs) no componente ecológico de distribuição de recursos, modelo seguido pelos Estados de Rondônia e Acre.

Sobre o exemplo prático do ICMS-E em Mato Grosso, Peter May (2016, p. 51) demonstra que houve um impacto distributivo positivo, que pode incentivar a conservação ambiental por parte dos municípios. Ademais, o governo de Juína ainda compartilhou os recursos adicionais com os povos indígenas, resultando num monitoramento eficiente das terras indígenas – comumente desmatadas e degradadas pela extração de madeira.

Passando para o caso do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 5.100/2007 alterou a Lei nº 2.664/1996, que trata da repartição da parcela de 25% do produto da arrecadação do ICMS, para incluir o critério de conservação ambiental (art. 1º, VI), em função das UCs existentes no território municipal, da qualidade ambiental dos recursos hídricos, bem como da coleta e da disposição final adequada dos resíduos sólidos.

Ainda em relação ao Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 46.645, de 26 de abril de 2019 estabeleceu definições técnicas para alocação do percentual a ser distribuído aos municípios em função do ICMS Ecológico. Criou-se um índice de Qualidade do Sistema Municipal de Meio Ambiente, para destinar uma parcela de bonificação aos municípios que reinvestirem os recursos recebidos pelo ICMS-E nos indicadores de conservação ambiental.

Por sua vez, o Estado do Pará, através da Lei Estadual nº 7.638/2012, estabeleceu que a cota-parte dos municípios no ICMS seria repassada de acordo com o território municipal ocupado por áreas protegidas e de uso especial, a existência de um estoque mínimo de cobertura vegetal e a redução do desmatamento nos municípios. Trata-se de uma tentativa de diminuir as queimadas e o desmatamento que causam estragos históricos no Arco do Desmatamento.

Outra particularidade da lei paraense, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 775/2013, é que a metade do valor total do ICMS Verde é repassado considerando a porcentagem da área cadastrável do município inserida no Cadastro Ambiental Rural (art. 4º, III do decreto estadual). Assim sendo, de forma diretamente proporcional, quanto mais propriedades rurais regularizadas, maior o repasse tributário.

Chegando ao Estado do Rio Grande do Norte (RN), o Projeto de Lei nº 002/2008, buscou instituir o repasse do ICMS Ecológico para os municípios que atendessem, isolada ou cumulativamente, dois critérios ambientais: abrigar unidades de preservação ambiental públicas e/ou privadas; e promover o tratamento adequado de no mínimo 50% do volume de lixo domiciliar coletado em seu perímetro urbano.

Todos os exemplos citados demonstram que o repasse do ICMS-E tem se dado sobretudo em função de áreas verdes preservadas, mas em cada surgem diferenças quanto ao bem ambiental tutelado (unidades de conservação ambientais, cobertura vegetal, recursos hídricos) ou ao comportamento do contribuinte que se pretende induzir (gestão de resíduos sólidos, redução do desmatamento, cadastro das propriedades rurais).

Em outro rumo, a extrafiscalidade tributária também pode ser exercitada mediante a aplicação da seletividade no âmbito de incidência do ICMS (CF, art. 155, §2º, III). É possível

o estabelecimento de graduação de alíquotas, redução de base de cálculo, isenções e restituições, todos segundo a essencialidade de certos produtos e/ou serviços.

O relatório da GVces (Org. MONZONI, 2013, p. 138) ressalta que alguns estados já preveem incentivos fiscais para a consecução das Políticas focadas em Mudança do Clima e Resíduos Sólidos, inclusive em relação ao ICMS.

Visando a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático, uma das diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) é justamente a utilização de instrumentos fiscais e tributários (art. 6º, inciso VI). Os planos integrantes abordam o estabelecimento de tratamento tributário diferenciado para produtos reciclados; a diferenciação de alíquotas para incentivar a produção e o mercado regular de biocombustíveis a preços competitivos e a inclusão de critérios de eficiência energética no regime tributário da indústria automotiva.

Nesta linha, a Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas (PMEC, Lei nº 3.135/2007) autorizou a concessão de incentivos fiscais relativos ao ICMS sobre operações: com biodigestores, com metanol, com biodiesel, de geração de energia baseada em queima de lixo ou realizadas pelas empresas de ecoturismo (art. 15). Por outro lado, prevê a redução ou revogação de benefício fiscal na aquisição de motosserras ou prática de quaisquer atos que impliquem o descumprimento da PEMC (art. 16).

No Acre, a Lei nº 2.308/2010, que criou o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais (SISA), autorizou o tratamento tributário diferenciado e isenção nas operações de compra de equipamentos destinados ao SISA; venda dos produtos resultantes do fomento de cadeias produtivas sustentáveis; e outros casos relacionados ao regulamento do SISA. Além disso, também permitiu o aumento da carga tributária e a redução ou revogação de benefício fiscal na aquisição de equipamentos para atividades que resultem em desmatamento ou prejudique os serviços e produtos ecossistêmicos (art. 19).

Outros exemplos são as políticas estaduais do Tocantins (Lei 1.907/2008) e do Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 5.690/2010). A primeira trata expressamente do diferimento, redução da base de cálculo, isenção, crédito outorgado e outros incentivos fiscais relativos ao ICMS. A segunda prevê o crédito presumido de ICMS para estímulo à demanda de sucata³², entre os instrumentos fiscais para incentivar uma economia verde.

³² “O uso da sucata irá gerar um crédito de ICMS a quem a utiliza, correspondente ao valor presumidamente pago pelo uso da matéria virgem que originou a sucata. Este instrumento atua na demanda, pois beneficiará a reintrodução da sucata no processo produtivo. Nos casos em que houver interesse social e viabilidade técnica, a

No que tange a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010, os incentivos fiscais também são instrumentos de gestão ambiental e empresarial voltada para a melhoria dos processos produtivos, o reaproveitamento dos resíduos sólidos, bem como a recuperação e o aproveitamento energético (art. 7º, XIV).

Entre os instrumentos econômicos de fomento das atividades econômicas centradas no aproveitamento de materiais recicláveis, a Lei estadual nº 1.242/2008 do Amapá (Política Pública Estadual de Reciclagem de Materiais) prevê a suspensão da incidência de ICMS. Por sua vez, a Lei nº 3.426/2009³³ do Amazonas equiparou a atividade de reciclagem à industrial (artigos 23-A e 23-B), beneficiando-a com os mesmos incentivos fiscais e extrafiscais previstos na Lei Estadual nº 2.826/2003: crédito, estímulo, diferimento, isenção, redução de base de cálculo e crédito fiscal presumido do ICMS.

Em Minas Gerais, a Lei estadual nº 14.128/2001 (Política Estadual de Reciclagem de Materiais) estabelece que para o seu cumprimento poderão ser concedidos benefícios, incentivos e facilidades fiscais estaduais, tais como, a transferência de créditos acumulados do ICMS.

Por seu turno, no Rio Grande do Norte ainda não foi publicada legislação específica sobre as políticas de Mudanças Climáticas e de Resíduos Sólidos, de acordo com pesquisa realizada no site da Assembleia Legislativa do Estado. Todavia, um projeto de lei de 2002³⁴, que dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos, falava em ICMS Ecológico, como “estabelecimento de critérios e diretrizes para a criação de alíquota ecológica, envolvendo a gestão dos resíduos sólidos” (art. 2º, VIII).

A proposta legislativa elege entre os seus princípios a criação de incentivos econômicos e fiscais³⁵ que favoreçam o gerenciamento de resíduos sólidos, com a adoção de ICMS ecológico e a redução de alíquotas de impostos. Para tanto, compete ao Estado adotar alíquotas diferenciadas para a instalação de indústrias recicladoras, bem como a repartir o ICMS pertencente aos municípios incluindo critérios que envolvam a preservação ambiental, através do adequado gerenciamento dos resíduos sólidos (arts. 52 e 53).

concessão deste benefício será condicionada a acordos comerciais entre a indústria e cooperativas de catadores” (apud Org. Monzoni, p.167).

³³ Modifica dispositivos da Lei nº 2.826, de 29 de setembro de 2003, que regulamenta a Política Estadual de Incentivos Fiscais e Extrafiscais nos termos da Constituição do Estado, e dá outras providências.

³⁴ RIO GRANDE DO NORTE. Assembleia Legislativa. Projeto de lei nº 706/2002. Processo nº 810/2002. Publicado no Boletim Oficial 2086. Natal, 31 de março de 2003.

³⁵ Art.2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se: [...] XIV - Incentivos Econômicos e Fiscais – implementação de alíquotas diferenciadas de ICMS, ISS e IPI para instalação de empresas recicladoras, na aquisição de equipamentos de limpeza urbana pelos municípios, para produtos recicláveis e produtos fabricados com resíduos recicláveis, na aquisição de equipamentos de limpeza urbana pelos município e nos programas de investimentos para a recuperação de áreas degradadas pelos lixões e implantação de aterros sanitários;

Em resumo, o que os inúmeros exemplos demonstram é a versatilidade da aplicação da extrafiscalidade ao ICMS, sobretudo em razão da sua seletividade. O imposto pode aproximar as atividades econômicas dos ideais do desenvolvimento sustentável, seja por transferências ecológicas, por graduação de alíquotas, por redução de base de cálculo, por isenções fiscais, entre outras medidas abordadas.

Uma observação necessária é que, no que se refere ao ICMS, cabe a lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”, a teor do art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

A Carta Magna recepcionou a Lei Complementar nº 24/1975³⁶, pela qual as isenções do ICMS serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal (art.1º). Logo, o ICMS possui uma sistemática mais complexa e os Convênios de ICMS têm natureza impositiva.

É por força de Convênios de ICMS, por exemplo, que a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários é reduzida de acordo com o produto, podendo as unidades federativas conceder redução ou isenção sobre as operações internas.

À propósito, não custa lembrar que este convênio citado é extremamente questionável à luz do princípio do tratamento diferenciado ao meio ambiente, por estimular o uso de agrotóxicos - nocivos ao meio ambiente natural e à saúde humana. O aumento da carga tributária, pela redução ou revogação desse benefício fiscal, caminhará no mesmo sentido das políticas públicas tributárias defendidas ao longo deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento sustentável é uma das metas mais importantes da humanidade, demandando profunda reformulação das políticas públicas nacionais para cumprir as agendas internacionais assumidas pelo Brasil. Todavia, a direção ambientalmente desejada dificilmente será atingida se não houver mudança na política tributária brasileira, aproveitando a estrutura já existente para induzir a eficiência econômica.

Atualmente, o sistema de preços sinaliza erroneamente a produção e o consumo, por não refletir com exatidão os custos sociais das atividades econômicas, isto é, por não somar os custos externos de degradação ambiental aos custos de produção. Com a omissão diante

³⁶ Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.

dessas externalidades ambientais, o Estado permite que o crescimento econômico ignore a perda do bem-estar da coletividade e caminhe na contramão do desenvolvimento.

Por sua vez, a tributação sustentável é uma ferramenta imprescindível para corrigir esta falha de mercado, por conseguir distribuir o ônus do impacto ambiental daquilo que é produzido e consumido. Assim, através da valoração ambiental dos tributos, o direito tributário é, de fato, um instrumento de justiça social e desenvolvimento econômico.

Diante das inúmeras possibilidades de utilização dos instrumentos tributários para a defesa do meio ambiente, no âmbito estadual, o ICMS Ecológico se destaca pela versatilidade. Para além do caráter fiscal intrínseco ao imposto, principal fonte de arrecadação dos estados, o denominado ICMS pode ser uma sofisticada forma de exteriorização do princípio constitucional do tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental.

Por um lado, a adoção de critério ambiental para repartição da arrecadação do ICMS é capaz de compensar e incentivar a conservação ambiental pelos municípios, os envolvendo num processo de desenvolvimento sustentável em larga escala. Isto se houver planejamento estratégico, garantindo que as receitas transferidas sejam reinvestidas na preservação do meio ambiente e associadas a outras políticas públicas.

De fato, o objetivo inicial do ICMS-E era compensar financeiramente os municípios que tinham a economia engessada pela presença de unidades de conservação, mananciais de abastecimento, terras indígenas, dentre outras limitações ao uso de seu território. Entretanto, nos estados em que já foi instituído, o imposto verde se mostrou sobretudo como estímulo aos investimentos em áreas de proteção ambiental, em coleta seletiva de lixo, em tratamento de esgoto, em educação ambiental etc.

Por outro lado, ainda é possível a tributação ambiental negativa do ICMS, apoiada maiormente na seletividade das alíquotas e nas isenções fiscais, como meio de desestimular cadeias produtivas poluidoras.

Destarte, é possível sim direcionar o crescimento econômico para atividades que protejam e renovem o meio ambiente, resultando em bem-estar humano e a equidade social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Cristina Soares de; MAY Peter H. (Orgs.). **Gestão e governança local para a Amazônia sustentável**: notas técnicas. Rio de Janeiro: IBAM, 2016.

ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Denise B. de; GIANLUPPI, Luciana Dal Forno; MALAFAIA, Guilherme C. Os custos ambientais como fator de diferenciação para as empresas. **Revista Perspectiva Econômica**. v.3, n1: 82 - 95, jan. /jun. 2007. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4357. Acesso em: 08 abr. 2023.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Vade Mecum JusPodivm. Salvador: JusPodivm, 4 ed, 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CASTRO, Renault de Freitas (Org). **Transição para uma nova ética tributária: a sustentabilidade como objetivo econômico**. Porto Alegre: Paixão, 2016.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE; COORDENADORIA DE PLANEJAMENTO AMBIENTAL. **Estimativa de valores, em reais correntes, repassados aos municípios em 2019**. Disponível em: https://smastr16.blob.core.windows.net/cpla/2020/02/icms-ecologico_2019.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023.

FERREIRA, Ynis Cristine de Santana Martins Lino. **ICMS ecológico no Estado do Pará: possibilidades e limites**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Pará, Núcleo de Meio Ambiente, Programa de Pós-Graduação em Gestão dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LOUREIRO, W. **Contribuição do ICMS Ecológico à Conservação da Biodiversidade no Estado do Paraná**. 2002. 189 f. Tese (Doutorado). Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Desenvolvimento e meio ambiente: o pensamento econômico de Amartya Sen**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAY, Peter H. Política fiscal verde: ICMS-Ecológico e IPTU-Verde. P. 44-55. *In*: ALMEIDA, Maria Cristina Soares; MAY, Peter H. May (Orgs.). **Gestão e governança local para a Amazônia sustentável: notas técnicas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: IBAM, 2016.

MEDEIROS, R.; YOUNG, C. E. F.; PAVESSE, H. B.; Araújo, F. F. S. **Contribuição das unidades de conservação brasileiras para a economia nacional**. UNEP-WCMC, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONZONI, Mario (Org.). **Política fiscal verde no Brasil**. FGV EAESP - GVces - Relatórios Técnicos, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental: para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Edmar Eduardo de Moura. **Intervenção do Estado na Economia: zonas de processamento de exportação**. Natal: OWL, 2016.

VIALLI, Andrea. VIALLI, Andrea. Política fiscal verde contra o aquecimento global. **Revista 22**. ed. 90, p.10-15, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pagina22/article/view/38949/37691>. Acesso em: 27 fev. 2020.



05

O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA BREVE ANÁLISE PARA ALÉM DO VÍNCULO PARENTAL NA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Rosângela Viana Zuza Medeiros

O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA BREVE ANÁLISE PARA ALÉM DO VÍNCULO PARENTAL NA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

5

KNOWLEDGE OF THE GENETIC ORIGIN: A BRIEF ANALYSIS BEYOND THE PARENTAL BOND IN MEDICALLY ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Rosângela Viana Zuza Medeiros³⁷

Resumo

Este artigo científico busca discutir o conhecimento da origem genética em casos de reprodução humana medicamente assistida, indo além do vínculo parental estabelecido pela lei brasileira. A análise se baseia em casos em que a doação de material genético é utilizada para a concepção de uma criança e discute a necessidade de se promover o acesso ao conhecimento sobre a origem genética para que os indivíduos possam ter uma identidade biológica definida e proteção de seus direitos de personalidade. Aborda, através de uma metodologia baseada em revisão bibliográfica e análise consistente na busca, seleção e análise crítica da literatura existente sobre um tema, questões éticas e legais relacionadas a esses casos, destacando a importância da conscientização sobre o tema.

Palavras chaves: Origem genética; reprodução assistida; direito de personalidade.

Abstract

This scientific article aims to discuss knowledge of genetic origin in cases of medically assisted human reproduction, going beyond the parental bond established by Brazilian law. The analysis is based on cases in which genetic material donation is used for child conception and discusses the need to promote access to knowledge about genetic origin so that individuals can have a defined biological identity and protection of their personality rights. It addresses ethical and legal issues related to these cases, using a methodology based on literature review and analysis consisting of the search, selection, and critical analysis of existing literature on the topic. The article highlights the importance of raising awareness about the topic.

Keywords: Genetic origin; assisted reproduction; personality rights.

³⁷ Bacharela em Direito. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/PT. Doutoranda em Direito UFPR. Professora e advogada.

INTRODUÇÃO

O projeto parental reprodutivo está protegido pela Constituição Federal quando alberga o planejamento familiar como um direito e para tanto cabe aqueles atores envolvidos a possibilidade de para efetivação deste poder utilizar, inclusive, de técnicas de auxílio da ciência para que ocorra a fecundação e gestação.

Nesse ambiente que nasce a reprodução medicamente assistida, técnica em que como auxílio das ciências da saúde possibilitam pessoas de concretizar o projeto parental, podendo ou não para tanto utilizar-se de material genético próprio dos pais e/ou de terceiros, a depender se estamos a falar da reprodução homologa ou heteróloga.

Nesse contexto a pessoa nascida através dessa técnica suporta, atualmente, alguns ônus da escolha do projeto parental de seus pais/genitores, e, talvez o mais crítico seja o direito ao conhecimento da origem genética como expressão de seu direito de personalidade.

O acesso à informação dessa origem genética, nos casos de reprodução medicamente assistidas, é calcado na interpretação do direito ao sigilo do doador, quando estamos a tratar da reprodução heteróloga.

O presente artigo tem como propósito analisar se o ordenamento jurídico já privilegiou o direito ao conhecimento à origem genética em detrimento ao um suposto sigilo dos seus genitores como ocorrer no caso da reprodução medicamente assistida.

Para tanto a organização do estudo, baseado em uma revisão bibliográfica, dar-se-á em quatro tópicos, dedicados ao direito à informação nas relações médicas na reprodução humana medicamente assistidas; a observância dos direitos da personalidade, o direito à informação os e fundamentos legais; a análise da ação de investigação de paternidade e o Estatuto da Criança de adolescente como paradigma de proteção do ordenamento para o direito ao conhecimento da origem genética e , por fim, uma análise do conhecimento da origem genética e a tomada de decisão no projeto de reprodução humana assistida como uma relação para além do direito reprodutivo.

A necessidade de melhor tutela dos direitos de personalidade das pessoas nascidas através da técnica de reprodução medicamente assistida, nomeadamente a heteróloga, necessita de uma maior discussão, principalmente, no que toca o confronto do direito à informação do conhecimento da origem genética *versus* o direito ao sigilo do doador. A pretensão não será de esgotar o tema, mas sim de diante de uma ausência legislativa sobre o tema da reprodução medicamente assistida, refletir se o ordenamento jurídico pátrio já não valora o direito ao conhecimento à origem genética como devendo superar qualquer outro que

colocado em questão possa macular este direito de personalidade viés da dignidade da pessoa humana.

1 O DEVER DE INFORMAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

O consentimento informado é um instituto jurídico que tomou força nos últimos anos do século XX (PEREIRA, 2004). Isto ocorreu devido à mudança do paradigma na relação médico-paciente: do abandono da medicina paternalista para o exercício da medicina em favor da autonomia do paciente (PEREIRA, 2004). O paciente passou a ser reconhecido pela prática médica como pessoa, dotada de valores inerentes a ela (direitos da personalidade), a qual deve ser respeitada a vontade de autodeterminação.

O termo “consentimento informado” é derivado da designação anglo-americana “*informed consente*” ao qual, na melhor tradução, atribui-se o sentido de “consentimento livre e esclarecido” (RODRIGUES, 2002, p. 33). Esclarecido por que pressupõe, para sua validade, o entendimento pelo paciente das questões relativas à sua condição de saúde e do tratamento ao qual poderá se submeter. Livre porque, a partir da compreensão destes aspectos, o paciente irá decidir, de acordo com suas concepções, se aceita ou não se submeter à intervenção médica.

Dessa forma, o consentimento informado pode ser entendido como uma manifestação de respeito pelo paciente, assim considerado na sua condição de ser humano. Em termos mais práticos, nada mais é do que a concordância ou recusa do paciente de se submeter à determinada intervenção médica. No entanto, esta decisão (concordância ou recusa à intervenção médica) pressupõe, para ser válida, o preenchimento de alguns requisitos, dentre eles: capacidade, informação e esclarecimento do paciente, liberdade no consentimento, atualidade do consentimento.³⁸

No Direito Brasileiro, a falta de cumprimento do dever de informação para validade do consentimento informado, também gera responsabilidade civil do médico por violação do direito de outrem. De acordo com o art. 15 do Código Civil Brasileiro “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção

³⁸ Em relação à atualidade como requisito de validade do consentimento, Pereira (2004, p. 248) fala de uma relativa atualidade, expondo que em alguns sistemas jurídicos é admitido o “*living will*”, que são declarações antecipadas de vontade. No direito inglês, por exemplo, entende-se que a recusa de tratamento, seja antecipada ou contemporânea, não afeta a sua validade, uma vez que o dissentimento tenha sido claramente afirmado.

cirúrgica.” Ainda, os artigos 186 e 927³⁹ do mesmo diploma legal determinam a responsabilidade civil daquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar o direito de outrem: transpondo para o caso em estudo, o médico incorre em responsabilidade civil caso viole o direito à informação, o qual o paciente é titular.

Daí decorre a dupla importância do dever de informar: afastar a responsabilidade civil do médico, e, sobretudo, instruir o paciente para que ele se oriente numa decisão livre e que concretize o seu direito à autodeterminação. Assim, consoante os elencados a por André Gonçalo Dias Pereira (2004) o dever de informação constitui o cerne de toda a teoria do consentimento esclarecido.

O esclarecimento para a autodeterminação é oriundo do instituto do consentimento informado e visa permitir a autodeterminação da pessoa para consentir ou negar consentimento para a realização de intervenções médicas. É a informação que o médico deve prestar ao paciente, antes de qualquer intervenção. A partir dessa informação, o paciente estará ciente de sua condição de saúde e de acordo com suas concepções filosóficas poderá decidir se quer se submeter ou não à determinada intervenção médica. Este esclarecimento configura-se, portanto, como um pressuposto, também, da liberdade individual (PEREIRA, 2004). Ele é importantíssimo porque permitirá a reflexão do paciente sobre sua atual condição e sobre a decisão a ser tomada, influenciando diretamente na autodeterminação do indivíduo. Por isso, o esclarecimento para a autodeterminação deve preencher certos requisitos, como não só o dever do médico de prestar a informação, mas também o dever de verificar se o seu conteúdo foi compreendido (ANTUNES, 1999), para que realmente possa permitir que o paciente decida livremente e de acordo com a sua autodeterminação.

O esclarecimento terapêutico, apesar de próximo do esclarecimento para autodeterminação, é um instituto mais simples na medida em que visa prestar informações prescritivas (PEREIRA, 2004) não afetando, diretamente, a autodeterminação da pessoa. Informações prescritivas são aquelas contidas, por exemplo, numa receita médica a qual indica as instruções a serem seguidas pelo paciente ao tomar determinada medicação. São, portanto, informações que podem possuir o caráter de um conselho ou de um perigo a evitar (por exemplo, evitar excesso de doce na gravidez), ou mesmo instruções a serem seguidas a fim de obter um melhor resultado (por exemplo, fazer atividade física na gravidez).

³⁹ Código Civil Brasileiro: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

André Gonçalo Dias Pereira explica que o esclarecimento terapêutico levanta menos dificuldades do ponto de vista jurídico-dogmático do que o esclarecimento para a autodeterminação. Apesar disso, o âmbito do esclarecimento terapêutico é mais amplo porque o médico deve informar sobre todos os pormenores que possam ser úteis para a saúde do doente, não cabendo falar em privilégio terapêutico, já que as informações sempre contribuem para que o doente assuma comportamentos positivos para a sua saúde. Já o esclarecimento para a autodeterminação refere-se à informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica para obter a livre decisão do paciente e para dar forma ao cumprimento do princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do direito fundamental à dignidade (PEREIRA, 2004).

Quando se trata da Reprodução humana assistida, esse poder de autodeterminação, bem como o de esclarecimento⁴⁰, tomam uma dimensão maior, visto que, a ausência de compreensão de todo o processo terapêutico impactará diretamente não só no próprio procedimento da implantação das células germinativas e/ou do zigoto, mas, também, na vida do paciente intrauterino, que surgirá em função da técnica retromencionada, o nascituro, e posterior, ser humano, ambos, dotado de personalidade.

A análise, no presente trabalho, dar-se-á na perspectiva da possibilidade do descente, também ser afetado pela condição de paciente durante o procedimento de reprodução assistida dos pais, e, poder ser considerado paciente⁴¹, pois o seu surgimento se dá pela atividade direta do médico/profissional da saúde responsável por sua fecundação, muitas vezes, *in vitro*, e, é esse geneticista que tomará para si a responsabilidade pela higidez desse feto⁴², conhecendo toda a matriz genética, bem como, as combinações destas que originará diretamente na composição integral desse ser humano, impactando em diversos âmbitos de sua vida, como no exercício pleno do direito à saúde, por exemplo .

⁴⁰ O tópico 4 da resolução CFM nº2.168/2017 versa: “O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.”

⁴¹ O tópico 3 da resolução CFM nº 2.168/2017 versa sobre essa concepção de proteção de descente, *in verbis*: “As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em **risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente**” (grifo nosso).

⁴² As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças –podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico. Tópico VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES da resolução CFM nº2.168/2017.

Quando estar-se a tratar do exercício do direito reprodutivo oriundo da técnica de reprodução assistida, não tem como afastar, que em tal procedimento, o geneticista deve esclarecer não só das dificuldades do próprio procedimento, mas também, para que haja na efetivação desde forma consciente, um controle/conhecimento da condição genética do zigoto. Isto posto, se deve esclarecer dos traços genéticos e de higidez que o zigoto carrega, afastando de pronto, por exemplo a existência de má formação genética prévia.

Esse dever de informar é similar, por exemplo, quando a mulher está grávida oriundo método de fecundação tradicional, onde todas as ações são pensadas considerando o binômio materno-fetal, cabendo ao médico o dever de informação não só sobre a saúde da genitora, mas também, da saúde do nascituro.

Em princípio, é o paciente quem deve ser informado sobre a sua condição de saúde e os tratamentos médicos aplicáveis. É ele quem deve receber as informações pertinentes ao seu estado de saúde e as questões relacionadas a este, mas quando estamos a tratar das condições do direito à informação relacionada ao exercício do direito reprodutivo o dever de cuidado e esclarecimento engloba o binômio materno-fetal em sua totalidade, não afastando de pronto o direito do nascituro e, posteriormente, da pessoa nascida através da técnica de ser informado sobre o tratamento que ocasionou sua formação.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, O DIREITO À INFORMAÇÃO OS E FUNDAMENTOS LEGAIS

A partir do momento em que o paternalismo clínico se tornou obsoleto e deu lugar ao exercício da medicina em respeito à autonomia e autodeterminação do paciente, a relação médico-paciente passou a ser integrada por direitos e deveres recíprocos.

Atualmente, é conhecimento universal que a medicina não conduz necessariamente à cura (RODRIGUES, 2002). É, antes, uma tentativa que sempre implica em riscos. Quando ocorreu a mudança de paradigma no exercício da medicina, entendeu-se que o paciente é quem tem que assumir estes riscos porque a ele é devido respeito em razão de sua dignidade, e, é ele quem irá suportar as consequências desses riscos, uma vez que é o seu bem jurídico que estará em questão: a sua saúde e, em certos casos, até mesmo a sua vida.

Assim, o dever de informar no consentimento informado é o “dever de respeitar um direito autônomo do doente à livre determinação em matéria de saúde” (OLIVEIRA, 1995, p. 103). Por envolver questões relativas à saúde, liberdade, integridade, autodeterminação, dentre outros, o direito à informação no consentimento informado configura-se um

pressuposto para o exercício de direitos que se apoiam no conceito básico da personalidade.⁴³ Cabe destacar que para Elio Sgreccia, a noção de personalidade implica a de totalidade e independência. Para este autor, a saúde não é um fim último, mas é determinada e limitada pelo significado da própria vida, sendo que, o sentido da saúde encontra-se no projeto de vida boa que cada um se propõe realizar (SGRECCIA, 2009). A partir dessa concepção, o direito à informação no consentimento informado é essencial para a realização do projeto de vida que o paciente idealizou e busca para si, e, no caso da reprodução humana assistida, estamos a falar do binômio materno-fetal.

Os direitos da personalidade são direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Segundo Madaleno *apud* Rubens Limongi França são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções (MADALENO; BARBOSA, 2015).

Tal pressuposto deve ser observada na sua integralidade para efetiva proteção dos direitos de personalidade envolvidos, seja da genitora, seja do nascituro, ou do próprio indivíduo após o nascimento.

Sem a informação, não há o respeito ou o exercício dos direitos que afetam diretamente a personalidade. Para que o paciente conceda ou negue o seu consentimento, ele deve ter conhecimento das questões relativas à sua saúde e à intervenção que lhe é proposta. Esse conhecimento implica necessariamente a transmissão da informação do médico ao paciente. Conforme explica Guilherme de Oliveira, “para recusar, ou admitir, um tratamento, (o paciente) precisa de obter a informação relevante. Se o médico não lhe dá actua com negligência, e lesa o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde” (OLIVEIRA, 1995, p. 103). A ausência da informação ou a informação inadequada gera a responsabilidade do médico por consequente violação dos direitos da personalidade do paciente, especificamente: violação da liberdade individual de decidir (lesão do direito à autodeterminação), violação do direito à informação, ofensa à integridade física e moral e desrespeito à dignidade do paciente.

Aqui recaímos na proteção integral do direito de personalidade⁴⁴, isto é, afastar qualquer dos âmbitos é um risco assumido de incorrer em dano. A saúde do indivíduo está

⁴³ Essa é a conceituação de personalidade dada por SILVIO DE SALVO VENOSA: “A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos. Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos” (VENOSA, 2005, p. 197).

⁴⁴ O direito à integridade psicofísica constitui um dos mais importantes direitos da personalidade do nascituro, consectário direto do próprio direito à vida e é objeto de autônoma e específica tutela constitucional, abarcando

inserida no direito à vida e a dignidade da pessoa humana, e a sua aceção deve ser pensada não só no âmbito curativo, mas, e principalmente no âmbito preventivo.

Por incidir sobre os direitos que afetam diretamente a personalidade, é aplicável ao consentimento informado. Isto significa que, em tese, deveria albergar os atores dessa relação, o que acarreta que, mesmo que seja cada um a seu tempo, ou via representação do nascituro, o direito à informação deve ser resguardado. No caso da reprodução humana assistida, o consentimento/informação engloba o binômio materno-fetal, e, a proteção do direito de personalidade deve proteger a ambos.

Nesta concepção temos que o direito ao conhecimento da origem genética e familiar da criança se caracteriza como direito de personalidade dela, cujo exercício constitui prerrogativa exclusiva do filho, que não pode ser impedido, quer por parte dos pais socioafetivos, quer por qualquer autoridade, quer pela própria lei (SZANIAWSKI, 2019).

É por isso que, para André Gonçalo Dias Pereira o dever de informar ‘*qua tale*’ deve receber um significado autônomo (face ao dever de obter consentimento - já que a obrigação de informação não leva necessariamente à obtenção do consentimento) e consequentemente ser assumido como uma obrigação jurídica (PEREIRA, 2004).

Se o consentimento for envolto de um segredo que é incapaz de concretizar a autonomia da vontade para o tratamento, ou mesmo, que atingia diretamente o direito de personalidade do nascituro que é incapaz de por si só de obter a informação, podemos pensar em mácula ao próprio dever de informar na relação geneticista paciente (binômio materno-fetal).

Nesse sentido, defende Madeleno

A autonomia privada da mãe sucumbe diante do direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica do nascituro. O privilégio da maternidade deve conviver com o ônus de assegurar, em todos os aspectos, o melhor interesse do ser indefeso homiziado no ventre materno. **A liberdade de um ser humano jamais prevalecerá sobre o direito à vida e à saúde de outro.** Especificamente no Direito de Família, mais do que em qualquer outro ramo, em razão da família ser considerada núcleo irradiante, preservante e disseminador da espécie humana, além de constituir o agrupamento social com maior responsabilidade na formação das novas gerações, e, por isso mesmo, especialmente protegida pelo Estado, a tutela dos direitos da personalidade deve ser assegurada plenamente, cabendo ao Direito oferecer

sob o seu manto protetor todo aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui pela existência de um “direito de nascer com saúde e dignidade”, de que é titular todo ser humano como tal concebido, não havendo como se admitir qualquer vulneração à integridade do nascituro, muito menos por conduta atribuível à gestante. Em idêntico patamar podemos aludir ao direito fundamental à saúde (MADALENO; BARBOSA, 2015).

instrumentos para impedir, coibir ou prevenir a sua violação (grifo nosso) (MADALENO; BARBOSA, 2015, s. p.).

Essa perspectiva demonstra que no exercício do direito reprodutivo dos pais não pode colocar de lado o direito do descendente, ou mesmo, olvidar-se da sua existência. A técnica utilizada pelos pais não será capaz, por exemplo de colocar em xeque o princípio Constitucional de igualdade de filiação (SCALQUETTE, 2019, p. 79), onde o filho oriundo de meio reprodutivo tradicional tenha direitos diversos daqueles oriundos das técnicas de reprodução assistida.

Em relação aos diplomas legais, temos que os diplomas pátrios trazem disposições genéricas sobre o direito à informação. Especificamente aplicável à relação médico-paciente, temos a Lei de Bases da Saúde (Lei 48/90, de 24 de agosto), que ao tratar do Estatuto dos utentes, explicita, na Base XIV, n. 1, e), que os pacientes têm direito a ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado.

Ainda no tocante ao acesso à informação contido no consentimento, temos que direito do paciente em obter informação também encontra respaldo legal no art. 7º, V, Lei n.º 8.080/90 (Lei orgânica da saúde)⁴⁵ que, ao determinar os princípios e diretrizes para os serviços de saúde, dispõe que as pessoas assistidas têm direito à informação sobre sua saúde.

Podemos fundamentar, genericamente, o direito do paciente à informação na Constituição Federal que, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe no art. 5º, XIV que todos têm direito à informação.

3.1 A quem deve ser transmitida a informação

Em princípio, é o paciente quem deve ser informado sobre a sua condição de saúde e os tratamentos médicos aplicáveis. É ele quem deve receber as informações pertinentes ao seu estado de saúde e as questões relacionadas a este. O que durante o procedimento de reprodução assistida seria direcionado a relação materno-fetal.

Além de garantir que a informação deve ser prestada ao próprio paciente. Entretanto, há hipóteses em que não se pode prestar informações ao paciente porque este encontra-se de alguma forma incapacitado. Mesmo assim, o dever de informar do médico persiste. Nesses casos, a informação deve ser fornecida a outras pessoas, à família, ao tutor ou a quem seja

⁴⁵ Lei brasileira n.º 8080/90 (Lei orgânica da saúde): “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde”.

responsável pelo paciente, como deve ocorrer no caso em relação ao feto na reprodução assistida.

Neste diapasão estar a se observar a capacidade para consentir no consentimento informado, através da integra da informação adequada e clara, que é exercido por representação, uma vez que teria acesso as informações sobre a sua origem genética.

3 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E O ESTATUTO DA CRIANÇA DE ADOLESCENTE: UM PARADIGMA DE PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO PARA O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

O nascimento é talvez o evento social mais envolto de sentimento que o ser humano se depare, mas ao mesmo tempo em questões jurídicas que o permeiam. A partir dele se adquire a personalidade, por exemplo, mas, além desse fator de suma importância para o direito, o nascimento vem envolto de outras questões importantes, como a proteção do nascituro, os direitos reprodutivos, a existência dos vínculos familiares. Tal assim seja porque as várias pessoas que estão envolvidas modificam as suas vidas em todos os âmbitos, sejam elas pais ou filhos.

Dentro desta perspectiva a paternidade/maternidade tem ganhado notoriedade no mundo jurídico, pois, seja pela existência de vários aspectos relevante, seja pelas consequências que os direitos de filiação impacta na vida de terceiros que estão alheios as tomadas de decisão de como vieram a integrar a humanidade, mas, tem a sua existência protegida por ordenamentos o qual será integrado. Nesse ponto passar a uma observação entre o direito reprodutivo, o direito à vida e a saúde do filho resultado do exercício legítimo do direito reprodutivo antes mencionado.

Em certa medida essa relação só foi analisada dando-se ênfase a descoberta da real paternidade de um filho, quando este não ocorre espontaneamente, o que em tempo remoto talvez, não se desse a importância jurídica ou se demonstrasse a complexidade agora enfrentada⁴⁶, ou seja, a ênfase que se deu aos direitos de filiação foi, por muitos anos, a descoberta real do vínculo parental, biológico ou não biológico, ausente ou presente, presumido ou declarado. Afastou -se, de certa medida, a análise da filiação sob a perspectiva

⁴⁶ A ação de investigação da paternidade tem um longa história e, quer pelo seu significado em termos sociais, quer pelas transformações que foi sofrendo, é um dos institutos mais interessantes do direito de família. (COELHO; OLIVEIRA, 2006).

dos direitos de personalidade dos pais, filhos e, por que não falar nos doadores, quando estar a referir a filiação oriunda da reprodução humana assistida.

Neste prisma, determinar os genitores na filiação biológica⁴⁷ e não biológica, a qual importa para presente artigo, quando a origem genética do ser humano é oriunda da junção de um óvulo, determinando a maternidade e de um espermatozoide o qual determina a paternidade, acarretando o material genético de que somos formados é passo fundamental e que merece proteção jurídica, inclusive entendida como direito de personalidade (SÁ *et al.* 2009).

Já se observa que os termos empregados pela literatura jurídica para determinar a origem genética se confunde, em muito com o que seria sob a análise do conhecimento da origem genética, ao que podemos relacionar com o genitor e genitora, podendo ou não essa noção coincidir como a classificação de maternidade/paternidade diante do projeto reprodutivo adotado.

A paternidade/maternidade, na concepção jurídica traz um arcabouço de aspectos, posto que, a sua determinação tem reflexo no direito de família, sucessório, obrigacional. Mas a sua determinação passou de meras hipóteses da existência do relacionamento entre os pais à determinação mais precisa da origem genética do indivíduo com o advento e avanço da medicina em suas pesquisas científica, nomeadamente pela leitura do DNA, o que não afastou a possibilidade de vínculo parental de filiação oriundo de laços afetivos, seja ela pela adoção, seja pela reprodução humana assistida, seja para interpretação recente da filiação socioafetiva.

Os dados genéticos têm a capacidade de identificar indivíduos, revelar futuras enfermidades e fornecer informações genéticas sobre parentesco, uma vez que englobam quaisquer informações genéticas, desde as mais gerais às mais específicas (SÁ *et al.* 2009). Tal premissa tem impacto jurídico não só sobre os pais, mas, e, principalmente, sobre os filhos. O conhecimento da origem genética vai além da descoberta do vínculo parental, alcança, o próprio desenvolvimento integral do indivíduo.

O conhecimento da origem genética desconhecida é fenômeno, que vai além do descobrimento de uma relação sexual que originou uma gravidez, mas que após o nascimento o suposto pai não vem perante o Estado/sociedade reconhecer a filiação em questão, ela alcança a própria formação do indivíduo reconhecendo-se como tal, bem como, possibilitando

⁴⁷ A filiação sempre foi considerada um estado natural do homem antes mesmo de se tornar uma questão jurídica; por isso, durante muito tempo, a biologia considerou pai aquele homem que através da cópula fecundava a mulher, e mãe, a mulher que carregasse o filho em seu ventre (CRUZ, 2005).

a este o exercício integral de todos os direitos que estejam em sua esfera, como personalidade e o direito à saúde, por exemplo.

Desta forma, transitamos pela vida íntima dos indivíduos envolvidos neste processo. Primeiramente nas dos genitores, posto que os pais necessitam demonstrar a sua intimidade para afirmar qual foi o método de concepção da filiação, tendo envolto na tomada de decisão reprodutiva a possibilidade de ser oriundo de uma relação sexual, de um processo de adoção, ou mesmo da utilização de técnicas de reprodução humana assistida. Mesmo atualmente é devastar a sua intimidade, posteriormente do próprio filho, que passa, na melhor das hipóteses pelo constrangimento de ter que requer ao Estado que lhe outorgue o que era direito, ou seja, o conhecimento da sua origem genética.

Assim, a concepção da paternidade/maternidade sai do âmbito exclusivo do entendimento de família, sendo pai, mãe e filhos e passa a ser encarado na sua aceção biológica, ou seja, quem determinou a origem genética, seja para fins da ação de investigação de paternidade, seja para fins de proteção integral do direito à saúde, seja pelo pleno desenvolvimento do direito de personalidade.

Os dados genéticos humanos compõem a complexa estrutura de identificação de um indivíduo, apresentando informações a partir da análise do seu DNA (SÁ *et al.* 2009).

Não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam. Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais (DIAS, 2009), por exemplo.

É neste escopo que a paternidade/maternidade que necessita de reconhecimento judicial passa a ser encarado, aquele momento encantador do nascimento passa a ser visto com encadeamento de moléculas capazes única e exclusivamente determinar um nome, um direito sucessório, entre outros direitos, dá-se ênfase, assim, ao frio entendimento que a técnica científica deve superar a relação pessoal, quando o ordenamento jurídico pátrio optou pela presunção da paternidade calcada no exame de DNA, e, esse pressuposto, em muito contribuiu para afastar a questão do conhecimento da origem genética sob outras vertentes de igual importância para o direito de personalidade e a saúde do indivíduo.

Para tanto a prova na ação de investigação de paternidade passou por transformações que importe a busca da verdade real deste material genético do qual são formados os seres humanos, e que a princípio determina as relações jurídico-familiares da nossa sociedade, mas em muito afastou, a possibilidade de análise do conhecimento da origem genética em sua integralidade, pois a simplificação da paternidade calcada no vínculo biológico reduziu em

muito o aprofundamento das discussões necessárias sob a proteção do direito de personalidade do ser humano.

A possibilidade do reconhecimento da paternidade àqueles que não a tiveram por livre e espontânea vontade do seu genitor é possibilitada desde os tempos romanos⁴⁸, chegando aos tempos modernos, passando esta evolução por restrições no tocante a capacidade e objeto⁴⁹ desta ação e culminamos à atualidade da livre investigação da sua origem, e reconhecimento jurídico da relação de parentesco que aqui se estabelece, inclusive livre de qualquer ato discriminatório.

Mas tal evolução não afasta que o conhecimento da origem genética possa ocorrer em virtude da proteção de outros aspectos do direito de personalidade, dissociados do vínculo parental, como por exemplo a possibilidade de conhecimento integral da formação genética capaz de evitar doenças por comportamentos de medicina preventiva, ou mesmo ter acesso ao pertencimento que o indivíduo tem em seu espaço, reconhecendo-se e desenvolvendo de integralmente a sua dignidade.

Voltando a evolução da parentalidade que foi introduzida pela utilização da investigação da paternidade, ela perpassou por enfrentar diversos questionamentos dos direitos dos sujeitos envolvidos neste processo. A investigação caminha pelo direito do filho ao seu nome (personalidade), bem como pelo direito do suposto pai da sua intimidade.

Poderia se visualizar neste momento a colisão de direito entre ao pai e o filho no sentido de que se o primeiro não reconheceu espontaneamente o filho não deveria estar coagindo a provar a inexistência de tal vínculo, em contrapartida o direito do filho de ter reconhecida a sua ascendência também merece proteção jurídica, e nesta colisão de direitos de mesma hierarquia prevaleceu o do filho. Entende o sistema jurídico atual que neste conflito deve prevalecer a verdade real do direito ao conhecimento da origem genética.

Observa-se que a busca pela paternidade inicialmente negada girava em torno da comprovação da existência do relacionamento entre os genitores. Tal premissa era, assim, o ponto controverso na lide, determinando que a demonstração da convivência⁵⁰ na época da concepção era o fator determinante para o reconhecimento da paternidade, sem na verdade a observância, em muitos casos da origem genética em si.

⁴⁸ A investigação de paternidade foi admitida no direito romano tardio, e era entendido com grande largueza pelo direito canônico que a estendia mesmo aos filho adulterinos e aos incestuosos (OLIVEIRA, 2003).

⁴⁹ Como, por exemplo, em época remota no direito Francês (OLIVEIRA, 2003).

⁵⁰ “[...] a investigação admissível foi o ter havido convivência da mãe e do pretense pai, no período da concepção” (COELHO; OLIVEIRA, 2006, p. 207).

Essa forma de reconhecimento judicial devia-se, inicialmente, a inexistência ou dificuldade de produção da prova científica, no entanto, tal sistema levava muitas vezes a injustiças, seja o não reconhecimento da paternidade, seja o reconhecimento da paternidade sem a necessária certeza, pois calcava a decisão em indícios, que tinham o privilégio da presunção.

É quase unânime a opinião de que este fundamento importava não pelo seu valor de prova do vínculo biológico, mas pelo seu valor presuntivo da paternidade (COELHO; OLIVEIRA, 2006).

Na evolução do direito de família no tocante a esta matéria de filiação, demonstrou-se a necessidade da busca pela verdade real da filiação, ora questionada. Essa crescente determinou que a valoração da prova, que por si só, não podia ficar calcada em indício que acarretassem a presunção do estado de filiação, deveria levar a realidade dos fatos.

Observa-se que tal mudança foi calcada no reconhecimento do direito do filho em detrimento do direito individual do pai em negar a relação familiar questionada.

Passa a entender a realidade da prova genética como necessária ao deslinde da investigação da paternidade e esta deve ser observada mesmo que para tanto diminua-se a observância do direito a intimidade e integridade física do suposto genitor.

Na verdade, tanto a identidade genética quanto a intimidade e intangibilidade do corpo humano são componentes da dignidade da pessoa humana, de modo que a dignidade do investigado e a dignidade do investigador estão em confronto. Impossível atender um sem o sacrifício do outro (SÁ *et al.* 2009).

O direito à identidade e à integridade pessoais, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contêm a faculdade básica de procurar o reconhecimento público da “localização social” do indivíduo; este lugar, que investe o cidadão num conjunto de direitos e obrigações, num estado jurídico, exprime-se usualmente pelo nome e pelos apelidos de família (COELHO; OLIVEIRA, 2006).

Foi assim que a investigação de paternidade deu um salto na sua aceção e passou a ser enfrentada pelo ordenamento jurídico de forma mais clara e, os tribunais, cada vez mais, buscam a identificação do real genitor para reconhecer a filiação. Para isso, a legislação possibilita as formas claras desta busca pela origem.

Tais pressupostos foram calcando as decisões emitidas gerando vínculos familiares, mesmo, que por vezes a verdade real ocorrida não fosse a demonstrada nos autos, pois o elenco referido versa sobre indícios da relação entre os genitores e a consequente filiação, e não necessariamente da origem genética do filho.

Destarte, necessário se fez determinar cristalinamente a filiação, e o que determina o vínculo familiar e, por consequência o reconhecimento da paternidade está diretamente ligada a prova colecionada na ação intentada.

Tais premissas são de importante análise quando estamos a observar o direito ao conhecimento da origem genética para além do reconhecimento do vínculo parental, posto que, as fundamentações utilizadas para consolidar o direito a filiação calcados única e exclusivamente na existência de vínculo genético oriundos de uma relação sexual entre o suposto pai e a mãe é albergada de forma pacífica pelo ordenamento jurídico.

No entanto, quando estamos a analisar o direito de conhecimento da origem genética para quaisquer outros aspectos jurídicos, seja, mesmo que seja para a ampla proteção do direito de personalidade, o exercício pleno do direito à saúde, e, pela completude da proteção efetiva da dignidade humana, ainda se mantém em muito o detrimento do direito ao conhecimento da origem genética.

4 O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E A TOMADA DE DECISÃO NO PROJETO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA RELAÇÃO PARA ALÉM DO DIREITO REPRODUTIVO

No que tange a realização do projeto parental a partir da utilização da técnica de reprodução humana assistida, ele vem permeado de consequências não só para os pais, mas também, para a pessoas oriunda desse processo, o filho.

Essa premissa acarreta que não se pode retirar desse processo todas as pessoas envolvidas. Assim como na filiação biológica e/ou adotiva há a consequência do projeto parental, a filiação advinda da reprodução humana assistida também. A diferença é que nas demais filiações o exercício do direito reprodutivo, não afasta o direito ao conhecimento da origem genética.

O conhecimento da origem genética é implícito na filiação biológica e assegurada na filiação adotiva, consoante o elencado no art. 48 no Estatuto da Criança e do Adolescente-Eca⁵¹.

Um dos objetos da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam

⁵¹ Art. 48- O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

A vertente do direito de personalidade do filho oriundo de reprodução Humana assistida do conhecimento da origem genética caminha lado a lado como a tomada de decisão do exercício legítimo do direito reprodutivo dos pais de utilizarem da técnica da reprodução para concretizar o projeto parental.

No entanto, tal tomada de decisão não pode afastar do filho a integralidade do exercício dos seus direitos de personalidade. Considerando que nos filhos provenientes da filiação biológica ou da adoção tal direito é plenamente assegurado, permitindo o pleno desenvolvimento da personalidade a questão que fica é porque o projeto parental que se utiliza da reprodução humana assistida deve se afastar a possibilidade de conhecimento da origem genética, onerando, duplamente os pais e filhos pelo exercício legítimo do direito reprodutivo.

Portanto, deve se analisar como a ciência que possibilita o exercício do direito reprodutivo dos pais através das técnicas de reprodução assistidas essas deve estar acompanhada da proteção dos direitos de personalidade de pais e filhos, principalmente, no que tange ao direito à saúde de todos esses atores e, conseqüentemente, o direito à informação.

A partir do momento em que o paternalismo clínico se tornou obsoleto e deu lugar ao exercício da medicina em respeito à autonomia e autodeterminação do paciente, a relação médico-paciente passou a ser integrada por direitos e deveres recíprocos.

Atualmente, é conhecimento universal que a medicina não conduz necessariamente à cura (RODRIGUES, 2002). É, antes, uma tentativa que sempre implica em riscos. Quando ocorreu a mudança de paradigma no exercício da medicina, entendeu-se que o paciente é quem tem que assumir estes riscos porque a ele é devido respeito em razão de sua dignidade, e, é ele quem irá suportar as conseqüências desses riscos, uma vez que é o seu bem jurídico que estará em questão: a sua saúde e, em certos casos, até mesmo a sua vida.

Assim, o dever de informar no consentimento informado é o “dever de respeitar um direito autônomo do doente à livre determinação em matéria de saúde” (OLIVEIRA, 1995, p. 103). Por envolver questões relativas à saúde, liberdade, integridade, autodeterminação, dentre outros, o direito à informação no consentimento informado configura-se um

pressuposto para o exercício de direitos que se apoiam no conceito básico da personalidade.⁵² Cabe destacar que para Elio Sgreccia, a noção de personalidade implica a de totalidade e independência. Para este autor, a saúde não é um fim último, mas é determinada e limitada pelo significado da própria vida, sendo que, o sentido da saúde encontra-se no projeto de vida boa que cada um se propõe realizar (SGRECCIA, 2009). A partir dessa concepção, o direito à informação no consentimento informado é essencial para a realização do projeto de vida que o paciente idealizou e busca para si.

Sem a informação, não há o respeito ou o exercício dos direitos que afetam diretamente a personalidade (os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato) (VENOSA, 2005). Para que o paciente conceda ou negue o seu consentimento, ele deve ter conhecimento das questões relativas à sua saúde e à intervenção que lhe é proposta. Esse conhecimento implica necessariamente a transmissão da informação do médico ao paciente. Conforme explica Guilherme de Oliveira, “para recusar, ou admitir, um tratamento, (o paciente) precisa de obter a informação relevante. Se o médico não lhe dá actua com negligência, e lesa o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde” (OLIVEIRA, 1995, p. 103).

A ausência da informação ou a informação inadequada gera a responsabilidade do médico por consequente violação dos direitos da personalidade do paciente, especificamente: violação da liberdade individual de decidir (lesão do direito à autodeterminação), violação do direito à informação, ofensa à integridade física e moral e desrespeito à dignidade do paciente.

Pensando que o projeto parental nasceu da utilização de uma técnica de reprodução medicamente assistida, esse direito de conhecimento da origem genética do doador poderia ser interpretado como parte integrante das informações necessárias para o que o consentimento informado fosse exercício em sua plenitude, posto que, abarcaria os riscos não só da gravidez em si, mas da saúde posterior do binômio materno-filial.

O conhecimento da origem genética não significará o reconhecimento de vínculo parental, mas sim, como, já aludido, se dá nos termos do art. 48 do ECA o respaldo jurídico da proteção integral do direito de personalidade do filho oriundo da técnica de reprodução medicamente assistida.

⁵² Essa é a conceituação de personalidade dada por Venosa (2005, p. 197): “A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos. Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos”.

O direito de personalidade seria desenvolvido em sua integralidade, e, na possibilidade da colisão entre o anonimato do doador⁵³ e conhecimentos da origem genética, principalmente para fins de proteção do direito à saúde, em espectro do exercício da dignidade da pessoa humana.

A tomada de decisão do exercício do direito reprodutivo que irá gerar uma vida repercute para além daquele que decide ter um filho, mas, também, para quem será humano que nascer oriundo dessa decisão, e, que no caso em análise não consegue exercer e/ou ter protegido plenamente os direitos de personalidade afetado diretamente pela decisão que os pais fizeram pela técnica de reprodução medicamente assistida. Tal cerceamento não ocorrerá quando a filiação advém de uma reprodução biológica ou mesmo do processo de adoção.

Essa diferenciação com que o ordenamento jurídico vem tratando os filhos oriundos das técnicas de reprodução medicamente assistidas vai de encontro ao pleno desenvolvimento da personalidade, ao princípio da igualdade de filiação e a proteção da busca pela origem genética já consagrada nas ações e investigação de paternidade e na proteção de conhecimento da origem genética estabelecida no estatuto da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto parental, na atualidade, é cercado de infinitas possibilidades de realização. O direito reprodutivo vai além da forma tradicional de fecundação, promovida apenas pela relação sexual de dois indivíduos de sexos diferentes e a gestação no útero da mulher que está neste relacionamento.

A reprodução medicamente assistida é uma das vertentes de viabilização para que o projeto parental ocorra, e, para o sucesso do procedimento, possibilita-se a utilização tanto de material genético das pessoas envolvidas no projeto parental, ou, mesmo, a utilização de gametas doados por terceiros, e/ou a utilização do útero solidário, tudo como meio de viabilizar a efetividade do direito reprodutivo.

A segunda possibilidade, a utilização de material genético de terceiro através dos gametas doados, acarreta alguns questionamentos, principalmente no que tange a proteção integral do direito de personalidade do indivíduo nascido através dessa técnica.

⁵³ Não se trata apenas de resguardar o direito ao anonimato do doador, mas também de se pensar no filho que deseja conhecer as suas origens, ainda que seja por questões emocionais ou psicológicas (SCALQUETTE, 2019).

A mais importante delas, talvez, seja o direito ao conhecimento da sua origem genética frente ao anonimato do doador dos gametas que irão originar a filiação desse projeto parental.

O direito à informação decorrer, no direito médico, do consentimento livre esclarecido, essa vertente, quando analisada sob a ótica de que a reprodução medicamente assistida, cabe ao binômio materno fetal, está-se a vislumbrar que naquele momento os atores envolvidos no projeto de reprodução humana assistida deve preservar o direito à informação/consentimento tanto da genitora quanto do feto, que, ainda não pode expressar a sua vontade, mas o faz através de sua representante legal, mas sem afastar, de pronto que cabe à pessoa nascida o direito de consentimento e informação dos todos aos atos que estão envoltos na sua concepção e nascimento.

É o que acontece na filiação biológica, onde a pessoa tem o conhecimento de tudo que envolveu a sua geração, inclusive, como expressão da sua dignidade e proteção da sua saúde. O fato de afastar o dever de informação caberia, também ao feto, e, em última análise o afastamento do direito fundamental de proteção integral da saúde do mesmo estaria em risco, posto que, o oneraria como o desconhecimento de suas heranças genéticas pelo fato de não ter sido concebido na forma tradicional de reprodução.

Carlos Alexandre Moraes *et al* *apud* Maria Helena Diniz entende que “a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (MORAES; FERDINANDI, 2015).

Corroborar com a proteção do direito à informação da sua ascendência genética o ordenamento jurídico já ter protegido esse valor seja na ação de investigação de paternidade, seja na possibilidade de conhecimento de da origem genética estabelecida no Eca.

No caso analisado as consequências jurídicas são diversas, consoante a proteção que se pretende, no caso da investigação da paternidade a criação do vínculo de parentalidade, e, no caso do art. 48 do Eca a proteção integral do direito de personalidade da pessoa dando o devido acesso ao conhecimento da origem genética como instrumento de eficácia de várias acepções jurídicas, principalmente a dignidade da pessoa humana.

O conhecimento da origem genética não acarreta necessária em vínculo parental, valor evidente na dimensão do ECA, visto que o direito informação sobre o seu nascimento, as circunstâncias do processo de adoção, e o conhecimento das suas origens genéticas, não são capazes de elidir o vínculo parental efetivado pela adoção.

A preponderância ao direito a informação da origem genética do filho sobre o possível anonimato, também já valorizado no ordenamento jurídico desde a instituição da possibilidade da ação de investigação de paternidade, inclusive com solidificado precedente

que a recusa em participar do exame pericial para coleta de material genético acarreta na presunção da paternidade, demonstrando que a hermenêutica é de proteção do direito de personalidade do filho sobre um possível direito ao anonimato do genitor.

Esses comportamentos do ordenamento jurídico de proteção dos direitos de personalidade dos filhos é um indício que quando estamos a tratar do filho nascido através da reprodução humana medicamente assistida, mesmo na ausência de legislação pátria específica para tratar da matéria, o direito à informação sobre a sua origem genética não pode ser olvidado ou mesmo colocado em segundo plano quando estar-se a tratar do direito de personalidade, devendo se sobressair como já acontecendo nos casos das proteções elencadas na investigação de paternidade e no artigo 48 do ECA.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Alexandra. Consentimento Informado. In: SERRÃO, Daniel e NUNES, Rui. (coord.) **Ética em Cuidados de Saúde**. Porto Editora, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família, volume II- direito de filiação - Tomo I - estabelecimento da filiação**. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **A influência das técnicas da reprodução humana assistida no Direito**. 2005. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

DIAS, André Gonçalo. **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo em Direito Civil**, Coimbra Editora: 2004.

DIAS, Maria Berenice. Paternidade homoparental. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 23 nov 2009. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18836/paternidade-homoparental>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 SET. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Grupo GEN, 2015.

MARTINS, Rosa Cândido. **A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento**. Coimbra Editora: 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico**, Coimbra Editora, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme de. O fim da <arte silenciosa> (O dever de informação dos médicos). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 128, n. 3852 e 3853, p. 70-72, 1995. Disponível em: <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-fim-da-%C2%ABarte-silenciosa%C2%BB.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

RODRIGUES, João Vaz. **O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)**. Coimbra Editora: 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, *et al* . **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução Humana Assistida: do direito à ao direito da. In: Anna Paula Soares da Silva; Gilberto Bergstein. (Org.). **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais**: novas fronteiras da ciência jurídica. São Paulo: Editora Foco, 2019.

SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui (coords.). **Ética em Cuidados de Saúde**. Porto Editora: 1999.

SERRÃO, Daniel. Biotécnica, Perspectiva Médica. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, v. 3, jul. 1991. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-1991/ano-51-vol-ii-jul-1991/doutrina/daniel-serrao-bioetica-perspectiva-medica/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica**. Cascais: Princípia Editora Lda, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Diálogos com o Direito de filiação brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Vol. 4, 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.



06

NEGATIVA DE PAGAMENTO DAS SEGURADORAS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Héricka Janine Linhares de Vasconcelos Peixoto
Edmar Eduardo de Moura Vieira

NEGATIVA DE PAGAMENTO DAS SEGURADORAS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL



NEGATIVE PAYMENT FROM THE INSURANCE: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE ANALYSIS

Hérica Janine Linhares de Vasconcelos Peixoto⁵⁴

Edmar Eduardo de Moura Vieira⁵⁵

Resumo

O presente estudo teve como objeto contrato de seguro e os motivos que mais levam as seguradoras a se negarem a pagar a indenização devida, tendo-se como objetivo determinar como a doutrina e os tribunais pátrios encaram as situações em que o segurado não tem seu risco contratado coberto, mesmo após o pagamento do prêmio do seguro. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e consultas nos julgados de vários tribunais de segunda instância, bem como em jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça. Percebeu-se, ao longo do trabalho, que os Tribunais, quase sempre, exigem alguns requisitos para permitir o não pagamento da indenização, como a má-fé do segurado, o nexo de causalidade de seu ato com o sinistro e se esses atos refletem na verificação dos riscos assumidos pela seguradora. Esses fatores podem ser perquiridos juntos ou isoladamente.

Palavras-chave: Seguro; segurado; seguradora; indenização.

Abstract

The present study's objective is the insurance contract and the purpose to refuse to pay the compensation due, it aims to determine how the doctrine and the courts understand the situations in which the insured does not have its contracted risks covered, even after payment of the insurance premium. Considering this, we carried out bibliographic research and consultation in the decisions of various courts of appeal, as well as jurisprudence of the Supreme Court. It was noticed, throughout the work, that for the court to allow the non-payment of compensation almost always require that there is bad faith for the insured, relation of his act and casualty and if these acts reflect the verification of risks will be assumed by the insurer. These factors may be examined together or separately.

Keywords: Safe; insured; insurance; compensation.

⁵⁴ Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

⁵⁵ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Procurador do Município de Mossoró/RN. Advogado.

INTRODUÇÃO

O perigo e as incertezas são características inerentes à vida humana, de modo que desde a Antiguidade o homem vem se agrupando a fim de dividir os riscos, tornando menor o seu impacto no cotidiano. Foi essa consciência de que a existência humana é fugaz e que seria mais fácil suportar os riscos dessa existência e seus eventuais prejuízos em grupo que se deu origem ao contrato de seguro.

Nesse contexto, o presente estudo teve como objeto a matéria pertinente ao contrato de seguro e os motivos que mais levam as seguradoras a se negarem a pagar a indenização devida, tendo-se como objetivo determinar como os doutrinadores e os tribunais pátrios encaram as situações em que o segurado não tem seu risco contratado coberto, mesmo após o pagamento do prêmio do seguro.

Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e consultas nos julgados de vários tribunais de segunda instância, bem como em jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça. Cada situação é analisada particularmente, não sendo totalmente vinculada a legislação.

Dividido em dois momentos principais, o presente trabalho se inicia conceituando e expondo os elementos caracterizadores do contrato de seguro, para facilitar a compreensão da problemática, que é abordada de fato na segunda parte, sendo que os fatores de extrema relevância acerca dos maiores motivos de negativas de pagamento por parte das seguradoras foram tratados individualmente, sempre se consultando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. São eles a inadimplência do prêmio; agravação intencional do risco, com destaque para o consumo de álcool e o uso de drogas; o suicídio e as alegações inverídicas e omissões influentes do segurado.

1 CONCEITO E ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

O artigo 757 do Código Civil define o contrato de seguro como aquele pelo qual o “segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Tem-se, assim, que o contrato de seguro é convenção em que o segurador se obriga a garantir legítimo interesse do segurado, que pode estar relacionado à pessoa, coisa, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias, conforme o disposto no art. 3º do Decreto-

Lei nº 73/1966, contra riscos predefinidos no negócio jurídico, mediante prestação em pecúnia.

Para Ivan de Oliveira o contrato de seguro é “a convenção em que um ente específico, o segurador, se obriga, mediante a paga do prêmio, a garantir legítimo interesse do segurado, concentrando em pessoa ou coisa, contra riscos advindos de circunstâncias adversas” (SILVA, 2012, p. 83).

Através dos entendimentos expostos, possível se tornam traçar alguns elementos do contrato de seguro, quais sejam: segurado, beneficiário, segurador, prêmio, garantia, risco e indenização.

Segurado é pessoa natural ou jurídica que “objetiva se ver coberto do risco previsto no contrato” (KRIGER FILHO, 2000, p. 64). Em via de regra, o segurado quem é o beneficiário da indenização devida pelo segurador, contudo existem alguns tipos de seguros em que o segurado opta ou a lei determina o pagamento da indenização a uma terceira pessoa. É o caso do seguro de vida, por exemplo, em que o segurado estipula quem receberá a indenização no caso de sua morte, ou, na falta de estipulação, são indenizados os beneficiários legais.

O segurador, por sua vez, é o sujeito do contrato de seguro que recebe o prêmio – prestação do segurado pela assunção dos riscos predeterminados assumidos pelo segurador – do seguro para assumir a obrigação de garantir o interesse legítimo do segurado.

A garantia se perfaz na promessa que o segurador faz ao segurado de que honrará o compromisso assumido, de acordo com as cláusulas constantes do contrato, em reparar algum prejuízo ou pagar um capital determinado ao cabo de um termo final. Ou seja, o segurador “avaliza” o risco do segurado (MARTINS *apud* MANICA, 2010, p. 26).

O segurador, em outras palavras, é a pessoa a quem o segurado transfere o risco, ou seja, a quem se transfere o perigo a que está sujeito o interesse segurado, em virtude da possibilidade de evento futuro previsto no contrato.

A indenização ou pagamento do capital segurado⁵⁶ é a importância em dinheiro devida pelo segurador, que tem a finalidade de compensar o prejuízo que o segurado teve com o advento do sinistro predeterminado.

Otoni Soares (s. a., s. p.) *apud* Silva (2012, p. 152) define tal elemento como “[...] a importância em dinheiro que a seguradora se obriga a transferir ao segurado. Sua finalidade é

⁵⁶ Preciso se faz esclarecer que a expressão “indenização” é usada nos seguros de dano, enquanto que “pagamento de capital segurado” é aplicado aos seguros de pessoas. Para fins didáticos, utilizar-se-á apenas a primeira expressão em uma compreensão ampla, compreendendo as duas situações explicitadas.

compensar o eventual prejuízo econômico-financeiro, com os riscos previstos e assumidos na apólice, pela seguradora”.

A finalidade do seguro é repor o bem e, não enriquecer o segurado sem causa. O que delimitará o valor da indenização será o sinistro. A seguradora apura os danos e, posteriormente, o valor a ser indenizado ao segurado ou a pessoa beneficiária constante no contrato, se for o caso (SILVA, 2012).

Não obstante o segurado ter o direito de gozar de tranquilidade, uma vez que os efeitos do sinistro que por ventura venham a acontecer e a atingir seu interesse legítimo são suportados pelo segurador, existem algumas situações em que certos fatores determinam exclusão do pagamento da indenização.

Tal questão, tema do presente estudo, será melhor abordada a seguir.

2 FATORES QUE DETERMINAM A EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO

O código civil, no seu capítulo XV “Do Seguro”, trata de algumas possibilidades em que o segurador poderá exonerar-se do pagamento da indenização, é o caso, por exemplo, da garantia prometida, nos seguros de dano, que ultrapassa o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato (art. 778 do CC) e do segurado que obtém novo seguro sobre o mesmo interesse, pelo mesmo risco junto a outro segurador, sem a comunicação com o primeiro e em seu valor integral (art. 782 do CC).

O segurador poderá se exonerar caso fique provado que o valor dado à coisa é superior ao valor real. Por esse mesmo motivo que o segundo seguro não pode incidir sobre o valor integral, a fim de se evitar que o segurado contrate com vários seguradores, na expectativa de receber o valor total dos danos de cada um deles, tornando, assim, o contrato uma fonte de enriquecimento sem causa.

O Art. 784 do código elucida que o segurador só responde pelos riscos assumidos, de tal modo que não se inclui na garantia o sinistro provocado pelo defeito intrínseco da própria coisa segurada, não declarada pelo segurado. Assim, aqueles defeitos que não se encontram normalmente em outras coisas da mesma espécie e são ocultos, não estão inclusos na garantia promovida pela seguradora. Não há álea futura a ser garantida.

Circunstâncias como dolo do segurado, caducidade da apólice pelo não pagamento do prêmio, inexistência de cobertura para o sinistro ocorrido, descumprimento de obrigações (GONÇALVES, 2013), falta de comunicação do sinistro ocorrido e de providências para

minorar-lhes as consequências etc. são mais exemplos de possibilidades em que a seguradora pode se negar a pagar a indenização.

As negativas de pagamento das seguradoras mais discutidas pela doutrina e jurisprudência serão abordadas em tópicos especiais, a seguir.

2.1 Inadimplência do prêmio

O artigo 763 adverte que “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

Em princípio, no caso de inadimplência absoluta, parece claro que não haverá direito à cobertura em caso de ocorrência de sinistro. Todavia, o mesmo entendimento pacífico não existe quanto aos casos de inadimplência parcial do prêmio, havendo três caminhos principais seguidos pela jurisprudência.

O primeiro caminho, que se encontra em desuso, é o da interpretação literal do art. 763, ou seja, a mora suspenderia imediatamente a vigência do contrato de seguro, independentemente de ser parcial ou total⁵⁷.

Já o segundo caminho jurisprudencial, adotado principalmente nos Tribunais do Rio Grande do Sul, segue o entendimento de que a indenização deverá ser proporcional ao prêmio pago pelo segurado inadimplente (SILVA, 2012), desde que o consumidor tenha sido comunicado para purgar a mora.

A título de ilustração:

Ementa: SEGURO DE VEÍCULO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. PRESTAÇÕES DO PRÊMIO EM ATRASO. RESCISÃO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DE FORMA PROPORCIONAL AO PRÊMIO PAGO. (Apelação Cível Nº 70009482720, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 09/09/2004).

E,

APELACAO CIVIL. SEGURO. MORA NO PAGAMENTO. CONSEQUENCIA. SEGUNDO ENTEDIMENTO QUE TEM PREVALECIDO NA CORTE, NAO E ADMISSIVEL SEQUER A SUSPENSAO NA COBERTURA DO CASO DE MORA,

⁵⁷ APELAÇÃO. SEGURO. Não obstante não cancelada a apólice, se o sinistro ocorre quando o segurado estava em débito com parcela do prêmio tem-se como indevida a indenização, eis que se considera suspensa a cobertura durante o período em que ocorreu a inadimplência. (TJ-MG, Relator: BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, Data de Julgamento: 19/08/2004).

RECONHECENDO-SE AO SEGURADO A PERCEPCAO DE VALOR PROPORCIONAL AO PRÊMIO QUE PAGOU. APELACAO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 598413128, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 11/08/1999).

Por fim, o terceiro caminho determina o pagamento da indenização, descontado o prêmio não adimplido⁵⁸.

Silva (2012, p. 132) exemplifica esse caminho da seguinte forma:

[...] imagine-se que um segurado [...] tenha firmado contrato de seguro de automóvel em que a importância segurada tenha sido de R\$ 25.000,00 [...], cujo prêmio total foi fixado em R\$ 3.000,00 [...]. Assim, caso o segurado tenha efetuado pagamento de apenas R\$ 300,00 [...] do valor do prêmio, o segurador deverá promover a indenização do valor da importância segurada abatendo-se tão somente o valor do prêmio faltante, ou seja, R\$ 2.700,00 [...] o segurado receberá o valor de R\$ 22.300,00 [...], que corresponde ao valor da importância segurada [...] menos o saldo do valor do prêmio não adimplido antes do sinistro [...].

Apesar de ser uma questão bastante discutida nos tribunais, vem se consolidando o entendimento de que a mora do segurado por si só não resolve o contrato, sendo necessária, para tanto, prévia interpelação, devendo-se, assim, cumprir com a obrigação. É o que dispõem as Jornadas IV STJ 371 e 376⁵⁹ e jurisprudência do STJ⁶⁰. Em melhor hipótese, “fica apenas suspensa a exigibilidade da indenização, enquanto não purgada a mora” (VENOSA, 2004, p. 4000).

⁵⁸ SEGURO DE VEÍCULO. O atraso no pagamento do prêmio, por si só, não determina automaticamente a extinção do contrato, sendo imprescindível a prévia constituição em mora, cuja providência não se verifica. Portanto, havido o sinistro, cabe à seguradora a obrigação de pagar a indenização respectiva, abatidos, na hipótese, os valores do prêmio em aberto. (TJ-SP - APL: 00022491420128260127 SP 0002249-14.2012.8.26.0127, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 19/05/2015, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/05/2015).

⁵⁹ Jornada 371 - A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva. Jornada 376 - Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação.

⁶⁰ SEGURO DE VIDA. De acordo com a jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, "O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp n. 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/4/2004). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 539124 SP 2014/0153691-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/11/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014).

2.2 Agravação intencional do risco

Parece claro que o segurador calcula o valor do prêmio do seguro levando em consideração os riscos ordinários que o interesse segurável está sujeito, dessa forma o agravamento intencional do risco por parte do segurado acaba por impor ao segurador riscos acima dos enunciados no momento da aceitação da proposta de seguro.

É por isso que o art. 768 do código civil ensina que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. É a fim de se evitar que risco agravado voluntariamente fira o equilíbrio que deve haver entre as vantagens e desvantagens dentro do contrato.

Para Afonso Kriger (2000, p. 76):

Ao segurado é imposta a vedação de agravar os riscos durante a vigência de todo contrato porque precisamente é sua obrigação agir com a mais cristalina *boafé*, devendo, por isso, declarar as circunstâncias que envolvem o contrato com toda veracidade, de modo a evitar que o segurador incida em erro não só com relação a aceitação da proposta, mas também quando da fixação do respectivo prêmio a ser determinado através dos cálculos das probabilidades.

Não é porque se contratou um seguro que o segurado está autorizado a agir com prodigalidade e desídia, ao contrário, espera-se deste boa-fé e cuidado no exercício de seus direitos sobre a coisa segurada.

É importante frisar que para que se observe a negativa de cobertura em função do agravamento intencional do risco deve haver nexo de causalidade entre o sinistro e o comportamento segurado, em uma relação de causa e efeito⁶¹.

Tem a jurisprudência entendido que configuram agravamento do risco passível de perda de indenização: a desídia de se deixar o carro aberto com a chave na ignição⁶²; a culpa

⁶¹ SEGURO DE VIDA. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO SUSPensa. VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. ART. 768 DO CC/02. DOLO OU CULPA GRAVE. NEXO CAUSAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO CONFIGURADO. EXCLUDENTE DA COBERTURA DO SEGURO. NÃO CARACTERIZADA. 1. Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 768 do CC/02, **exige-se que a conduta direta do segurado importe num agravamento, por culpa grave ou dolo, do risco objeto do contrato.** 2. A não discussão, pelo acórdão recorrido, da questão concernente à condução com carteira de motorista suspensa, impossibilita sua análise nas vias estreitas do recurso especial. 3. Para livrar-se da obrigação securitária, a seguradora deve provar que a condução em alta velocidade teria sido, efetivamente, a causa determinante do sinistro e que o segurado tenha direta e intencionalmente agido de forma a aumentar o risco. 4. Recurso especial não provido. (destaque nosso) (STJ - REsp: 1175577 PR 2010/0004761-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/11/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2010)

⁶² CONTRATO DE SEGURO. FURTO. VEÍCULO DEIXADO ABERTO COM A CHAVE NA IGNIÇÃO. AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO. EXCLUSÃO DA COBERTURA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1 - Veículo furtado, durante a madrugada, em posto de gasolina, tendo o segurado deixado as portas abertas e a chave na ignição. 2 - Caracterização do agravamento intencional do risco pelo segurado. 3 -

in vigilando da empresa, ao não evitar que empregado inabilitado para dirigir se aposse do bem segurado⁶³; o consumo de álcool, quando constitui a causa do sinistro⁶⁴; a negligência do operador quanto à tomada de diligências em relação aos cuidados de operação da máquina retroescavadeira⁶⁵; participação de competição de velocidade⁶⁶; envolvimento em conduta delitiva⁶⁷ etc.

Todavia, o STJ sedimentou-se no sentido de que a simples ausência de comunicação de venda do veículo à seguradora não exclui o dever da seguradora perante o novo proprietário⁶⁸, enquanto que os tribunais pátrios têm entendido que nos casos de condução por terceiro inabilitado responsável pela ocorrência do sinistro, não se caracteriza o agravamento de risco se indemonstrado que houve permissão do segurado para a condução⁶⁹.

2.2.1 Álcool/Drogas

O agravamento do risco por embriaguez ou consumo de drogas, existente tanto no seguro de dano quanto no seguro de pessoas, gera muitas dúvidas e entendimentos divergentes, sendo um dos grandes motivos de negativa de pagamento por parte das seguradoras.

O álcool e as drogas, por serem substâncias que geram alteração comportamental, principalmente no que diz respeito a perda de reflexos e redução de cautela, quando aliados aos veículos automotores, configuram um dos principais riscos conscientemente majorados⁷⁰.

Interpretação do art. 768 do Código Civil a luz do princípio da boa-fé objetiva (art. 765 do CC). 4 - Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 5 - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1411431 RS 2012/0130664-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 04/11/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014)

⁶³ STJ - REsp: 1412816 SC 2013/0339681-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2014.

⁶⁴ STJ - AgRg no REsp: 1245704 MG 2011/0039628-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 23/10/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014. Insta salientar que tem a jurisprudência do STJ entendido que “o dever de honrar o seguro só se afasta no caso de dolo ou culpa grave do próprio segurado, *não de terceiro*” (*destaque nosso*) (AgRg no Ag: 574721 SP 2003/0211307-5). Também em AgRg no AREsp 194203 MS 2012/0130322-7.

⁶⁵ TJ-RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 26/06/2014, Quinta Câmara Cível.

⁶⁶ TJ-SP - APL: 01405973020118260100 SP 0140597-30.2011.8.26.0100, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 26/11/2013, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/12/2013.

⁶⁷ TJ-SP - APL: 00033504420098260466 SP 0003350-44.2009.8.26.0466, Relator: Vanderli Álvares, Data de Julgamento: 12/03/2015, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/03/2015.

⁶⁸ STJ - REsp: 771375 SP 2005/0073405-9.

⁶⁹ TJRS, Ap. Cív.70012374948, 5ª Câm. Cív, rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, *in* Curso de direito de seguro.

⁷⁰ AÇÃO COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. Presença de substância entorpecente atestada em exame toxicológico acostado ao inquérito policial de acidente trânsito. Presunção juris tantum de veracidade. **Cobertura securitária negada. Motivação recaída em sinais de maconha no condutor. Provas que sustentam o agravamento do risco. Circunstâncias do acidente,**

Para Fernandes e Cunha (2013, s. p.),

Relativamente à condução de veículo, não há nível seguro de consumo de álcool; mínimo que seja, afeta a habilidade que o homem comum tem de manejar as dezenas de comandos e as inúmeras decisões quase instantâneas que o trânsito impõe. Se assim é, certo concluir que a agravação por consumo de álcool é sempre essencial, na medida em que nenhum segurador concordaria em celebrar contrato que cobrisse riscos decorrentes da condução de veículo sob influência desta substância. Aliás, na mesma linha de raciocínio, acredita-se que tampouco lograria um pai de família definir qual o nível seguro de consumo de álcool por parte de motorista de veículo escolar, por exemplo.

Entretanto, os tribunais de segunda instância, bem como o STJ vêm entendendo que para que seja correta a negativa da cobertura em função do agravamento do risco por estado de embriaguez ou consumo de entorpecentes, é fundamental que exista o nexo de causa entre o sinistro e a conduta do segurado.

Nesse sentido:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. RESPONSABILIDADE. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO. AFASTAMENTO. – **A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influenciou decisivamente na ocorrência do sinistro. – Agravo não provido.** (destaque nosso) (AgRg no AREsp 57.290/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, Dje 09/12/2011)

Por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça vem afastando o agravamento do risco por embriaguez quando promovido por terceiro.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONTRATO DE SEGURO. EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR. FATO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO CONFIGURADO. 1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a exclusão da cobertura do seguro por embriaguez dá-se tão-somente quando o segurado contribuiu diretamente para o agravamento do risco previsto no contrato. 2. A análise das razões do especial não exigiu revisão de elementos fáticos, sendo referido recurso decidido com base na atual e pacífica jurisprudência adotada nesta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

además, que apontam conduta absolutamente atípica do motociclista quanto a dinâmica do acidente. Velocidade excessiva e abalroamento em via de alto fluxo, com boa visibilidade e ausência de obstáculos. Alteração psíquica evidenciada. (destaque nosso). (TJ-SC - AC: 20130266550 SC 2013.026655-0 (Acórdão), Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Data de Julgamento: 07/07/2013, Câmara Especial Regional de Chapecó Julgado)

(STJ - AgRg no AREsp: 194203 MS 2012/0130322-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 05/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2015)

E,

SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO NÃO CARACTERIZADA. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a culpa exclusiva de terceiro na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa da perda do direito à indenização, por não configurar agravamento do risco imputável à conduta do próprio segurado. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AG 487.898/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 2.6.2014)

O nexo de causalidade é exigido também nos casos que não envolvem acidentes de trânsito. Um exemplo seria o daquele que é assassinado no local para o qual se dirigiu com o intuito de comprar drogas ilícitas, uma vez que a droga não é o fator que leva à morte, não cabe a negativa de pagamento pelo agravamento de risco, se assim fosse, a cobertura securitária sempre seria excluída quando alguém viesse a ser morto porque transitava por um local perigoso, o que acabaria por inviabilizar o próprio negócio de seguro de vida⁷¹.

A falta de nexo de causalidade não pode ser alegada, porém, para o segurado que morre em razão de intoxicação por uso de drogas, principalmente quando atestado por perito ser esse o real motivo do óbito⁷².

Assim, não basta o segurado estar alcoolizado ou sob efeito de entorpecentes, é necessário que haja contribuição direta para o resultado negativo que enseja o acionamento da seguradora.

2.3 Suicídio

O código de 1916 dispunha que apenas nos casos de morte involuntária se caberia indenização, de modo que o duelo ou o suicídio premeditado por pessoa em pleno gozo de suas faculdades mentais eram considerados formas de morte voluntária.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula 61 com a seguinte redação: “O seguro de vida cobre morte por suicídio não premeditado” e o Supremo Tribunal Federal proclamou na Súmula 105 que: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

⁷¹ TJ-SP - CR: 918325006 SP, Relator: Manoel Justino Bezerra Filho, Data de Julgamento: 07/04/2008, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/04/2008.

⁷² Apelação Cível Nº 70056508385, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/10/2013.

O Código Civil de 2002 estipulou prazo de carência específico para o caso de suicídio do segurado. Dispõe seu art. 798 que:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

Nesse mesmo sentido a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP emitiu a Circular n.º 302/2005 e dispôs em seu art. 60 que “não pode ser estipulada entre as partes cláusula que exclua o suicídio ou sua tentativa, após os primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso”.

Dessa forma, aparentemente, o suicídio do segurado encontrará cobertura desde que ocorra depois de dois anos da celebração do contrato ou após a recondução, depois de suspenso o pacto securitário, pouco importando sua premeditação ou não, uma vez que a única restrição é o prazo de carência.

Na hipótese de morte do segurado suicida antes da carência de dois anos, o Código Civil e a SUSEP em seus artigos 797, § único e art.71⁷³, respectivamente, determinam que o beneficiário terá direito ao valor relativo à reserva técnica até então formada.

Até pouco tempo atrás, entendia-se que a norma do art. 798 não implicava na exclusão automática da responsabilidade da seguradora, caso o suicídio fosse cometido precedentemente à expiração do prazo de dois anos, sendo jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁴ que ultrapassados os dois anos de contratação do seguro, presumia-se que o suicídio não fora premeditado, mas o contrário não ocorria, assim sendo, se o ato fosse cometido durante o período de carência, a seguradora somente seria exonerada do dever de indenizar se comprovasse sua premeditação. Isso era justificado com base na presunção de boa-fé e da lealdade contratual.

⁷³ Art. 797, parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada. Art. 71, SUSEP: Em caso de morte do segurado durante o prazo de carência, as provisões técnicas deverão ser revertidas aos beneficiários, conforme dispõe a lei civil, nos casos em que for tecnicamente possível.

⁷⁴ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.244.022/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 25/10/2011; AgRg no AREsp 42.273/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, DJe 25/10/2011; EDcl no AREsp 225.671/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, TERCEIRA TURMA, DJe 13/06/2013; AgRg no AREsp 106.483/RS, NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 29/06/2012; AgRg no Ag 1.414.089/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, DJe 01/02/2012.

Ocorre que, ao contrário da jurisprudência que se firmou sob a égide da legislação anterior, cristalizada nas Súmulas n. 105/STF e 61/STJ, em recente julgamento, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ampla maioria, ao examinar matéria, no julgamento do REsp 1.334.005-GO, concluído em 8.4.2015, relatora para o acórdão a Ministra Maria Isabel Gallotti, alterou entendimento até então dominante sobre o assunto e concluiu que, durante os dois primeiros anos do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto, nos termos do art. 798 do Código Civil, que adotou critério objetivo, afastando a discussão acerca da premeditação da morte⁷⁵.

Nas palavras da Ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto vencedor:

Após a entrada em vigor do novo Código, portanto, quando se celebra um contrato de seguro de vida, não é risco coberto o suicídio nos primeiros dois anos de vigência. Durante os dois primeiros anos de vigência da apólice, há cobertura para outros tipos de óbito, mas não para o suicídio. Após esses dois anos, por outro lado, diante do suicídio, a seguradora terá de pagar o prêmio, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. Não penso que essa reforma tenha beneficiado nem a seguradora e nem ao segurado, em tese, mas conferido objetividade à disciplina legal do contrato de seguro de vida. Não sendo a hipótese de suicídio, nos dois primeiros anos de vigência do contrato, risco coberto, não haverá direito à cobertura, mas, por outro lado, o beneficiário terá direito ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada.

Percebe-se, portanto, que somente em caso de premeditação de suicídio no prazo de carência de dois anos é que se justificará a negativa de pagamento por parte da seguradora; nos demais casos serão devidos o capital estipulado, em sua totalidade, aos beneficiários do segurado.

Superado esse assunto, outro ponto controvertido sobre a matéria e que merece registro é a cobertura securitária nos sinistros envolvendo o suicídio tanto no seguro de vida como no seguro de acidentes pessoais, o que tem causado desequilíbrio econômico para as seguradoras, uma vez que, há de se concordar, o seguro de acidentes pessoais é bem menos oneroso que o seguro de vida.

Sob a exegese do STJ, o suicídio não premeditado se equipara ao acidente, tendo então o beneficiário o direito de receber a indenização correspondente à morte, bem como indenização adicional por morte acidental, quando assim for o caso.

Oportunamente,

⁷⁵ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: AgRg nos EDcl nos EREsp 1076942/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 15/06/2015; AREsp: 724540 SC 2015/0136751-5, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 01/07/2015;

CONTRATO DE SEGURO. SUICÍDIO DO SEGURADO. Conforme observado em precedente desta turma, **"esta corte superior firmou seu entendimento no sentido de que o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal**, sendo nula, porque abusiva cláusula excludente da responsabilidade da seguradora, **à qual cabe, ademais, o ônus de provar eventual premeditação"**. Recurso manifestamente infundado. Aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do código de processo civil. Agravo improvido. (AgRg no Ag 1323683/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 12/11/2010) (destaque nosso).

Observe-se que a jurisprudência exposta explica que para se eximir do encargo, a seguradora teria que provar a premeditação. Acredita-se, aqui, que, com a nova posição adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça, elucidada anteriormente, se a morte tiver ocorrido no período de carência do suicídio, a cobertura é indevida, haja vista que não mais se discute sua premeditação, como já fora visto.

A despeito da linha seguida pelos tribunais, vários doutrinadores como Ivan de Oliveira Silva, Afonso Kriger, Ricardo Bechara dos Santos e Pedro Alvim, defendem que o pagamento da indenização nessas circunstâncias seria impróprio para os seguros de acidentes pessoais, pelo fato de a responsabilidade assumida dizer respeito apenas às moléstias oriundas de eventos externos.

Kriger Filho (2000, p. 170-171) preleciona que:

[...] o seguro de acidentes pessoais, apesar de ser espécie do gênero “vida” [...] tem suas regras específicas, visando cobrir riscos aleatórios que matematicamente podem ou não ocorrer. [...] O seguro de acidentes pessoais não se destina a cobrir especificamente o risco de morte (este sim abrangido pelo seguro de vida), mas apenas os riscos de “certos” tipos de morte ou lesão corporal a que o segurado se quer ver acobertado, o que nos faz concluir mais uma vez não ter pertinência alguma a qualificação de “acidental” estendida ao suicídio involuntário.

Isto posto, coadunando com a posição acima, acredita-se que exigir que as seguradoras indenizem nos casos de suicídio, nos seguros de acidentes pessoais, fere a natureza da convenção e o equilíbrio contratual, já que essa modalidade não abrange a totalidade das causas que levam a morte, sendo por isso menos onerosa que o seguro de vida.

2.4 Alegações inverídicas e omissões influentes do segurado

A boa-fé é um dos princípios fundamentais do direito privado, sendo princípio basilar dos contratos em geral, estando consagrado no Código Civil (art. 765) e no Código de Defesa do Consumidor. De modo diferente não poderia ser em relação ao contrato de seguro,

principalmente pelo fato de que é através das declarações do contraente que pode a seguradora ter uma noção mais exata de cada risco, ao levar em conta a particularidade de cada caso, podendo, assim, sopesar se lhe convém ou não firmar o contrato, bem como estipular o valor do prêmio devido, no caso do aceite do risco.

Foi tendo isso em vista que o Código Civil em seu artigo 766 determinou que “se o segurado [...] fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”. Assim, o segurado, desde logo, deve declarar a verdade, “como ainda prestar esclarecimentos exatos de tudo que saiba ou possa interessar ao segurador para a efetivação do contrato” (KRIGER FILHO, 2000, p. 179).

Importante destacar que o § único do art. 766 estabelece que “se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Dessa forma, para que seja autorizada a dissolução contratual, as informações devem ser relevantes a ponto de influir na contratação propriamente dita e o ato do segurado deve ser voluntário, ou seja, ele precisa ter o conhecimento da importância das informações, mas mesmo assim escolhido omiti-las, visando se beneficiar.

SEGURO DE AUTOMÓVEL. QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC.

1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes.

2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, **de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual** (base econômica do seguro).

3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados.

4. **A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito**

do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC).

5. **Apenas se o segurado agir de boa-fé, ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária.**

6. **Retirar a penalidade** de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) **serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado**, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1419731/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 09/09/2014) (destaque nosso).

Aplicam-se os dispositivos ora aludidos também nos casos de doenças pré-existentes e problemas de saúde conhecidos e maliciosamente omitidos pelo segurado, contudo, nessas situações, os tribunais pátrios são firmes no entendimento de que, sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado, é ilícita a recusa da cobertura securitária sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro.

A exemplo,

SEGURO DE VIDA. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ENFERMIDADE PREEXISTENTE. OMISSÃO DO SEGURADO. ATESTADOS COMPROBATÓRIOS DA SAÚDE DO SEGURADO NÃO EXIGIDOS. MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO COMPROVADA. EXCLUSÃO DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. 1. **A mera alegação de que o segurado se omitiu em informar enfermidade preexistente não é bastante para afastar o pagamento da indenização securitária se, no momento da contratação, a seguradora não exigiu atestados comprobatórios do estado do segurado nem constatou sua má-fé.**

(STJ - AgRg no AREsp: 353692 DF 2013/0180406-6, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 09/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2015) (destaque nosso).

Oportuno se faz ressaltar que embora tenha ficado claro que a não realização de exames prévios de admissibilidade do contratante ao plano de seguro implica na assunção de risco pela seguradora e, por conseguinte, sua responsabilização caso haja sinistro, isso não deve servir de escusa para o segurado não agir com sinceridade e boa-fé, de modo que se este agir de má-fé, tendo plena ciência da doença preexistente e escolher omiti-la para se beneficiar de sua própria torpeza, não fará jus à indenização.

Nesse sentido:

SEGURO DE VIDA. DOENÇA PRE-EXISTENTE. INVALIDEZ PERMANENTE. APOSENTADORIA. MESMAS DOENÇAS. OMISSÃO DE INFORMAÇÃO. MÁ-FÉ. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. 1. **A exigência da realização de prévio exame médico para que a seguradora se oponha ao pagamento da indenização prevista na apólice de seguro, sob a alegação de doença pré-existente, não se aplica nas hipóteses em que ficar comprovado que o contrato foi celebrado de má-fé pelo segurado.** Precedentes da 2ª Seção. 2. Hipótese em que a alteração da conclusão das instâncias de origem no sentido de que a contratante agiu de má-fé, ao omitir que pouco antes da assinatura da proposta de seguro teve diagnosticadas as mesmas moléstias que ensejaram a sua aposentadoria por invalidez permanente, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento⁷⁶ (destaque nosso).

E,

SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO FALECIDO POR OCASIÃO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. 1. A não realização de exames prévios de admissibilidade do contratante ao plano de seguro implica a assunção de risco pela seguradora e, conseqüentemente, sua responsabilização por eventual sinistro, **salvo no caso de má-fé do segurado ou quando este tenha plena ciência da doença preexistente e omite tal informação.** Precedentes. Agravo regimental não provido⁷⁷ (destaque nosso).

Em apertada síntese, conclui-se que se o segurado não souber da existência da doença no momento da contratação do seguro, a indenização é devida. Por outro lado, caso omita e seja comprovada a má-fé nesta, deve realmente não fazer jus a compensação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo restou claro que apesar de o segurado ter o direito de gozar de tranquilidade, devendo o segurador suportar os efeitos do sinistro que por ventura venham a acontecer e a atingir seu interesse legítimo, existem algumas situações em que o segurado não tem seu risco contratado coberto, mesmo após o pagamento do prêmio do seguro.

As principais negativas de pagamentos da indenização pela seguradora são, geralmente, permeadas de grande discussão jurídica e doutrinária, que convergem em alguns aspectos e divergem noutros.

⁷⁶ STJ - AgRg no REsp: 1215413 MT 2010/0178689-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/08/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2014.

⁷⁷ STJ - AgRg no REsp: 1172420 SP 2009/0249644-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/04/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2014.

Entretanto, percebeu-se que, talvez por influência do Código de Defesa do Consumidor, a fim de limitar o excesso de poder econômico empresarial e proteger a parte economicamente mais fraca na relação contratual, os Tribunais, quase sempre, exigem alguns requisitos para permitir o não pagamento da indenização, como a má-fé do segurado, o nexo de causalidade de seu ato com o sinistro e se esses atos refletem na verificação dos riscos assumidos pela seguradora. Esses fatores podem ser perquiridos juntos ou isoladamente.

Nesse particular aspecto, inevitável se torna o reconhecimento da vulnerabilidade do segurado no mercado de consumo, por se compreender que, na prática, os contratos de seguro são redigidos exclusivamente pelo segurador, que não admite muita discussão acerca da proposta, ficando claro que há certa preponderância da sua vontade sobre a do segurado.

Isto posto, interpreta-se, aqui, que receber a indenização ajustada conforme os parâmetros pactuados é um direito que o segurado faz jus, e que para encarar as muitas divergências entre os julgados e doutrinas que assolam a matéria, o melhor a se fazer é a análise particular de cada situação. Só assim, para se evitar o enriquecimento sem causa das grandes empresas de seguro e se conferir equidade numa relação pautada em desequilíbrios.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ANGELIS, Juliano de. Contrato de seguro por uma perspectiva histórica e atual. **Jus**, s. p., 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34012/contrato-de-seguro-por-uma-perspectiva-historica-e-atual#ixzz3gTM7k9Yv>. Acesso em: 20 julho 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73/1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

FERNANDES, Marcus Frederico B.; CUNHA, Lucas Renault. Supressão de cobertura securitária x motorista sob influência de álcool: inversão do ônus probatório. In: CARLINI, Angélica; NETO, Pery Saraiva (Orgs.). **Aspectos jurídicos dos contratos de seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HUBER, Fernanda Elaine ; DETTMER, Brígida. O contrato de seguro e as implicações do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. **Jus**, s. p., 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5059/o-contrato-de-seguro-e-as-implicacoes-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 maio 2015.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de seguro no direito brasileiro**. São Paulo: Frater et Labor Edições Ltda - Labor juris, 2000.

LOUREIRO, Carlos André Guedes. Contrato de seguro. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3777/contrato-de-seguro>. **Jus**, s. p., 2003. Acesso em: 15 maio 2015.

MANICA, Lais. **Contrato de seguro de vida**. 2010. Trabalho (Graduação) - Faculdade De Ciências Jurídicas E Sociais, Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2010.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Breves apontamentos sobre o contrato de seguro. **Âmbito Jurídico**, s. p., 2002. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4687. Acesso em: 15 maio 2015.

PINOTTI, Jessica Mueller. **Contrato de seguro**: negativas de pagamento das seguradoras. 2010. Trabalho (Graduação) - Centro De Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade Do Vale Do Itajaí, Itajaí, 2010.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de direito de seguro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Maria Luciana Pereira de. **O princípio da boa-fé nos contratos de seguro**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4988/O-principio-da-boa-fe-nos-contratos-de-seguro>. Acesso: 15 maio 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

