

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1292

(Ano XVIII)

(14/02/2026)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-doutorado em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN, Quadra 02, Bloco F, Edifício Executive Office Tower, sala 1202. CEP. 70702906. Brasília-DF. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

**QR Code do Volume 1292**



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1292 (ano XVIII) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2026. 97, fls.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**A queda de um preso, o traumatismo craniano e a ordem judicial – um conto de horror hipotético num país hipotético**

*Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.*

### ARTIGOS

**Inseminação artificial caseira: reflexões sobre um uso não regulamentado e seus efeitos**

*Gabriel Moraes Montalde, 12.*

**A Efetividade do Direito Fundamental à Terra: Desafios da Regularização de Territórios Quilombolas**

*Kátia Chaves Gallieta, 44.*

**“Coculpabilidade às avessas” e seletividade penal no estado democrático de direito: reflexões a partir do PL nº 2162/2023**

*Maria Luiza Martins Silveira, 60.*

**Tutela antecipada antecedente: breves articulações sobre as posições quanto às condutas suficientes para afastar o efeito estabilizador**

*Natalia Moretti Soares, 73.*

**Processo legislativo municipal: estrutura, princípios, etapas e aplicações práticas no direito constitucional brasileiro**

*Benigno Núñez Novo, 87.*

**A judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA) no Brasil: entre a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível**

*Igor Daniel Bordini Martinena, 92.*

## A QUEDA DE UM PRESO, O TRAUMATISMO CRANIANO E A ORDEM JUDICIAL – UM CONTO DE HORROR HIPOTÉTICO NUM PAÍS HIPOTÉTICO

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

Narraremos um evento hipotético ambientado em um país hipotético de forma que qualquer semelhança com a realidade será mera coincidência. Em seguida faremos uma análise estritamente técnico – jurídica como se o fato pudesse ser submetido à legislação brasileira.

Advertimos que atualmente no Brasil a análise jurídica de quase qualquer questão torna-se uma espécie de exercício meramente teórico e impotente.

Como já dissemos alhures, os juristas brasileiros precisam parar de fingir ser possível fazer análises jurídicas, baseadas em leis e Constituição em vários casos correntes. É ridículo, contraproducente e até mesmo antididático e anticientífico para os estudantes de Direito. Pode-se dizer que revela até um traço quase patológico, uma "Síndrome de Poliana". A Síndrome de Poliana, ou princípio de Poliana, se refere à tendência subconsciente de pessoas se lembrarem de eventos positivos com mais facilidade do que negativos, focando no otimismo. Esse viés cognitivo, inspirado na personagem literária Poliana, que via o lado bom em tudo, não é uma patologia, mas uma característica humana que pode distorcer a percepção da realidade ao "pintar" memórias com um viés mais feliz do que os acontecimentos reais.

Assim sendo, fique claro que o caso exposto e analisado é um exemplo meramente teórico e a sua interpretação e solução sob a ótica da legislação brasileira não passa de uma hipótese de trabalho.

Imaginemos então que um indivíduo preso em uma cadeia pública, um CDP, uma penitenciária ou qualquer estabelecimento detentivo, sofra uma queda com suspeita de traumatismo craniano e necessite de atendimento médico. Ou mesmo qualquer outra hipótese emergencial de atendimento médico (v.g. crise hipertensiva, mal súbito, intoxicação alimentar etc.).

Sendo necessária a condução desse preso em ato de socorro a uma unidade médica externa, seria exigível, antes do socorro, uma ordem judicial para mobilização do detento?

Trazendo para uma experiência própria sem indicar nomes, já que o subscritor foi Delegado de Polícia por mais de 30 (trinta anos) e diversas vezes diretor de Cadeias Públicas:

Uma senhora presa preventivamente por tráfico de drogas e nitidamente acometida de doença mental, sofria crises convulsivas e de autolesão que implicavam em sua condução ao hospital para atendimento médico com tranquilizantes e outros medicamentos psiquiátricos. Na ocasião, como Diretor da Cadeia, ordenava de imediato a condução da detenta para o devido atendimento, inclusive curativos nas lesões que produzia em si mesma, muitas vezes batendo violentamente a cabeça na parede da cela.

Na ocasião, paralelamente a esses procedimentos emergenciais, foi comunicado o Juízo, sugerindo transferência para unidade com atendimento psiquiátrico adequado.

Como nada era feito pelo judiciário, essas comunicações foram se multiplicando, até que um dia o magistrado telefonou e ameaçou (!), dizendo que era minha obrigação cuidar da integridade física da presa e que qualquer lesão ou fato pior seria de minha exclusiva responsabilidade. Concordei, mas informei que estava cumprindo a minha função e que, estando o juízo ciente de tudo quanto era realizado e se omitindo em melhor solução, eu estava devidamente documentado para comprovar isso. E mais, que iria continuar comunicando cada acontecimento e guardando a documentação para qualquer problema futuro e então veríamos quem seria o negligente. O magistrado, furibundo, desligou o telefone, mas oficiou à SAP para obter vaga condizente com urgência, o que se resolveu em semanas.

Está nítido não só que a arbitrariedade e irresponsabilidade de alguns membros do judiciário não é apanágio particular nem exclusividade da atualidade, como também que realmente cabe ao Delegado de Polícia providenciar o socorro imediato do detento lesionado ou em perigo, tanto é fato que em relação a isso nunca discuti com o magistrado, apenas quanto à sua imobilidade absurda diante da comunicação da situação. Mas, isso era num tempo em que as leis e a Constituição ainda tinham algum valor real.

Voltemos à nossa análise meramente hipotética.

O Delegado ou Diretor do estabelecimento de detenção deve agir de imediato, de ofício, ou aguardar ordem judicial numa situação como a narrada?

A resposta é mais do que óbvia e já a demos na exposição do caso concreto ocorrido em priscas eras.

Mesmo antes de examinar a legislação é possível perceber, por um mínimo de bom senso, que o socorro de uma pessoa qualquer, preso ou não, tem de ser imediato, não dependendo de ordem de qualquer autoridade. A **natureza** da situação se impõe e é isso que faz com que a lei seja assim estabelecida, de modo que mesmo que um magistrado impusesse uma condição de ordem judicial prévia nessas situações estaria agindo não só ilegalmente sob o ponto de vista da lei positiva humana, mas "contra natura" sob a égide da lei natural. O cumprimento de sua determinação seria o cumprimento indolente de ordem manifestamente ilegal e até inatural.

Cabe ao Delegado de Polícia que tem um preso sob sua custódia promover de imediato seu socorro emergencial em unidade médica adequada. Não deve nem precisa solicitar autorização judicial para tanto. A negligência no socorro, a demora, ainda que sob a "desculpa" de aguardo de ordem judicial pode configurar, em tese, crime de "omissão de socorro" (artigo 135, CP).

A Lei de Execução Penal (Lei 7210/84), aplicável tanto a presos provisórios como definitivos (artigo 40 c/c 41, VII, LEP), estabelece em seu artigo 14 e § 2º:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

**§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento** (grifo nosso).

Em lição mais que tradicional expõe Mirabete:

A assistência médica externa, só é cabível quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prestá-la, **pode ser autorizada pela direção do estabelecimento, ainda quando não se trata de casos de urgência. Afastou-se a legislação, nesse passo, da regra da judicialidade da execução penal, certamente porque a necessidade da exceção do tratamento especial deve ser preconizada pelo médico, único capaz de reconhecer a impossibilidade de assistência no presídio e recomendá-lo ao seu diretor. Além disso, haverá por vezes urgência no atendimento extramuros e a providência judicial, mais burocratizada, poderia ser tardia ou dificultar o atendimento necessário. Por isso, esclarece a lei que o atendimento médico externo é possibilitado**

**através de permissão de saída, a ser concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso (art. 120 e parágrafo único, da LEP) (grifo nosso).** 1

Trata-se, como visto, de mera “permissão de saída” de atribuição administrativa e não de competência judicial (vide artigo 120, inciso II e Parágrafo Único, da LEP).

Obviamente a negligência quanto ao atendimento imediato, baseada em aguardo de ordem judicial desnecessária e até inexistente legalmente (eivada de “impossibilidade jurídica”), mormente em casos de urgência e emergência (v.g. suspeita de traumatismo craniano), viola não somente a Lei de Execução Penal, mas também a Constituição Federal em seu artigo 5º., XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e artigo 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. A negligência dolosa ou mesmo culposa por imperícia jurídica constitui violação flagrante de “direitos fundamentais”, ensejando a possibilidade de responsabilização civil, criminal e administrativa.

O magistrado, seja ele qual for, deveria ficar perplexo diante de um requerimento da Autoridade Policial para prestar socorro a um preso ferido! A impossibilidade jurídica de tal pedido seria gritante, deveria causar espanto inusitado. Essa impossibilidade diz respeito à inadequação ou inviabilidade do pedido formulado pelo autor da demanda em relação ao ordenamento jurídico. Ocorre ausência de fundamento legal para a pretensão deduzida em juízo, tornando impossível o acolhimento da demanda pelo Poder Judiciário. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não admite a providência pleiteada, seja porque a legislação não prevê a tutela postulada, seja porque há uma vedação expressa à sua concessão. No caso sob análise, a legislação não somente não prevê ordem judicial prévia (pois que seria “contra natura”) como atribui claramente ao diretor da unidade a ordem de socorro e a permissão de saída. O magistrado, minimamente consciente do ordenamento jurídico e até da “natureza das coisas” diante do senso comum mais ordinário, deveria indeferir o requerimento e determinar à autoridade requerente o socorro imediato do preso no exercício de ofício de suas funções

---

1 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 86 – 87. Vide artigos 120 e 121, LEP: Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

**II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).**

Parágrafo único. **A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.**

Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída.

sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa. Esta última, inclusive já deveria ser objeto de comunicação à Corregedoria para apuração da razão pela qual o preso não foi imediatamente socorrido e pleiteou-se ordem judicial prévia inexistente no ordenamento jurídico, seja a má – fé, seja o desconhecimento da Autoridade Policial são passíveis de responsabilização administrativa correlata. É obrigação funcional dessas autoridades saber que o socorro de um preso deve ser realizado de ofício e independe de ordem judicial de quem quer que seja.

Assim sendo, no caso de um preso que cai e bate a cabeça com suspeita de traumatismo, diante da ordem jurídica brasileira, hipoteticamente, deveria ser levado de imediato a atendimento médico por providência tomada de ofício pela Autoridade Policial responsável pela custódia sem necessidade alguma de ordem judicial prévia. O procedimento de pedido de ordem judicial revela, no mínimo, desconhecimento de suas funções pela Autoridade sobredita ou subserviência canina por receio ou qualquer outro sentimento pessoal que não deveria influir no exercício funcional. Como já dito é possível, hipoteticamente, responsabilização civil, administrativa e até mesmo criminal por omissão de socorro (artigo 135, CP).

Frisamos sempre o “hipoteticamente” porque o caso apresentado para análise sob o prisma da legislação pátria é fantasioso e ambientado em um país inexistente. Além disso, se algo semelhante ocorresse hoje no Brasil toda essa explicação jurídica seria meramente teórica e, em última análise, um exercício inútil.

## INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: REFLEXÕES SOBRE UM USO NÃO REGULAMENTADO E SEUS EFEITOS

**GABRIEL MORAIS MONTALDE:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo a observação e reflexão sobre as conjecturas envolvendo a reprodução humana assistida como técnica de constituição de prole de maneira biológica, notadamente acerca do vácuo normativo sobre a sua ocorrência de forma caseira. Para tanto, busca-se investigar quais os desdobramentos fáticos e jurídicos dessa modalidade de reprodução, investigando as principais alterações no âmbito do direito privado, principalmente do direito de família, a fim de apreender quais evoluções e transformações tornaram possível a implementação e amparo legal da reprodução humana assistida, bem como evidenciar algumas condições que ensejaram o uso da técnica de forma caseira e seus efeitos, estando, entre eles, a dificuldade no reconhecimento dos filhos advindos pela prática.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial caseira; Reprodução Humana Assistida; Resolução nº 2.168 de 2017; Provimento nº 63 de 2017.

### 1. INTRODUÇÃO

A evolução e aprimoramento constante da biotecnologia possibilitaram que novas formas de reprodução estivessem disponíveis àqueles que intentam constituir prole. Entre as novas técnicas, destaca-se a de reprodução assistida, ou artificial, método caracterizado pela utilização de gametas masculinos e femininos em uma intervenção artificial para fecundação, independente da forma de constituição da entidade familiar que intenta haver prole.

Esse avanço na reprodução humana significou a abertura de novos horizontes, especialmente para casais homoafetivos que, valendo-se da reprodução assistida, passaram a vislumbrar a possibilidade de gerar filhos de maneira biológica. Tanto assim, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) estipulou que, entre 2011 e 2017, houve um crescimento de 168,7% de casais que utilizaram da referida tecnologia para gerar prole, apresentando uma crescente regular ao longo dos anos.

Ao lado dessa realidade fática, o direito vem se desenvolvendo com a finalidade de acompanhar as transformações sociais que ainda demandam regulamentação, buscando

<sup>2</sup> Email: ag.montalde@gmail.com

enquadrar os novos cenários brasileiros à realidade jurídica já existente. No entanto, no Brasil, a reprodução assistida e a filiação daqueles gerados por meio dessa técnica ainda carecem de legislação específica, valendo-se, atualmente, de resoluções, provimentos e decisões que se utilizam de integração analógica com formulações genéricas acerca do reconhecimento de parentalidade.

Em setembro de 2017, publicou-se a Resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca das normas éticas que envolvem a técnica de reprodução assistida, normatizando os princípios gerais do procedimento, como o consentimento livre e capacidade dos pacientes, a vedação à eugenia, e a possibilidade de gestação compartilhada nos casos de união homoafetiva feminina. A resolução visa a regular, também, as clínicas e centros que aplicam a referida técnica, acentuando o caráter gratuito da doação de gametas ou embriões, e dispondo, ainda, acerca da criopreservação, gestação de substituição e reprodução assistida post-mortem.

Ao lado da Resolução nº 2.168 de 2017, o Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revogado pelo Provimento nº 63/2017, foi o primeiro a dispor sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, autorizando o assentamento de filhos em cartório independentemente de prévia autorização judicial, desde que cumpridas as exigências documentais necessárias para fins de registro nas hipóteses de pais casados e em união estável, ou de casais homoafetivos, bem como nas de gestação por substituição e post-mortem. Assim, têm-se a Resolução nº 2.168/17 e Provimento nº 63/2017 como as duas principais matérias normativas sobre a reprodução assistida, ao lado de interpretações constitucionais, integrações de dispositivos normativos análogos e aplicação de precedentes.

Porém, se a técnica se demonstra razoavelmente regulada juridicamente, as mudanças fáticas cuidaram de apresentar uma outra situação, ainda não prevista por qualquer normativa jurídica, qual seja, a reprodução assistida de forma caseira. Seja pelo elevado custo da realização de reprodução assistida heteróloga em clínica, seja pela possibilidade de escolha do doador ou ainda pela não sujeição aos procedimentos medicalizados, a técnica que foge à convencionalidade e aos regulamentos existentes tem se tornado evidente realidade brasileira.

Não havendo proibição expressa na legislação brasileira para a realização da reprodução assistida caseira, também inexiste qualquer embasamento legal específico que sustente a prática, de tal modo que se verifica o desdobramento de diversos efeitos jurídicos e burocráticos, especialmente em matéria de registro de nascimento e filiação daqueles havidos por meio da referida técnica.

Uma vez em descompasso com as normas que regulam o procedimento de reprodução humana assistida e o posterior reconhecimento de filiação da prole advinda por essa forma de reprodução, pretende-se discutir as dificuldades enfrentadas por aqueles e aquelas que optam pela técnica de inseminação artificial caseira e se deparam com entraves para o registro de seus filhos, necessitando acionar o judiciário para que a questão seja solucionada. Compreendendo as transformações pelas quais o direito civil e constitucional passaram, nos seus processos de constitucionalização do direito privado e de repersonalização do direito civil<sup>3</sup>, além das reflexões acerca do direito constitucional ao livre planejamento familiar, da equiparação de casais heteroafetivos e homoafetivos e, ainda, da igualdade entre filhos biológicos e não-biológicos, indaga-se acerca das (in)compatibilidades do procedimento de reprodução assistida caseira com a nossa legislação pátria e quais são as possibilidades de enfrentamento a essa nova realidade.

## 2. DE QUAL FAMÍLIA FALAMOS?

Evocada ao longo do tempo como base natural e fundamental da sociedade<sup>4</sup>, a família por muitos foi e ainda é apreendida como uma relação privada que organiza a estrutura

<sup>3</sup> Ao comentar sobre a constitucionalização e repersonalização do Direito Civil, Paulo Lôbo (1999) faz referência a um código civil que até então era calcado em um individualismo jurídico de ideologia liberal oitocentista. Em que pese esse traço não tenha desaparecido do direito privado, para Lôbo, o advento de constituições de um Estado Social implicou em um deslocamento da relevância que o direito privado possuía: "Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil" (1999, p. 102). Dessa forma, a partir da Constituição Federal de 1988, revogam-se as normas infraconstitucionais anteriores que não estavam em sintonia com as normas e princípios constitucionais, mas, para além disso, inaugura-se uma nova leitura sobre o Código Civil, somente possível em uma hermenêutica dialética com os princípios constitucionais, à exemplo da "liberdade de constituição, convivência e dissolução [conjugal]; auto-responsabilidade; igualdade irrestrita de direitos [...]; igualdade entre irmãos [...] e o respeito aos direitos fundamentais". Prevalecendo a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, "o conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista" (1999, p. 108). Assim, a apreensão de toda a dimensão ontológica da pessoa passa a ser o novo norte para os civilistas, não mais limitada a sua capacidade de acúmulo e transmissão patrimonial, tratando-se, propriamente, de "uma materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens" (1999, p 103).

<sup>4</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas, traduz, em seu artigo 16º, a construção secular da entidade familiar como sustentáculo da vida pública e privada: "Artigo 16º. 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado." ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal

pública<sup>5</sup>. Nessa esteira, dizer sobre as relações íntimas entre os indivíduos significa desenhar os contornos culturais<sup>6</sup> que fundam e mantém um modelo de sociedade e de Estado<sup>7</sup>, os quais, por sua vez, influenciam as dinâmicas familiares e sua organização, em uma relação dialética. Portanto, não basta falar sobre a família, faz-se necessário ditá-la, ordenar os papéis desempenhados por cada integrante daquela e de todas as entidades, determinando a maneira que esses devem interagir entre si e sob quais princípios e valores essa organização será legitimada e merecedora de direitos.

E se os discursos sobre a família já passaram e ainda reverberam ordenamentos canônicos e cristãos, à exemplo da crítica de Michel Foucault à respeito da disciplina sobre as famílias europeias<sup>8</sup> do século XVIII, as suas normas jurídicas são destacadas pelo marco do Código Napoleônico, ou Code Civil de 1804, o qual centrava sua preocupação, majoritariamente, em transmitir os novos valores de liberdade e individualidade adquiridos com a Revolução de 1789, de forma a rejeitar o já contestado jusnaturalismo e projetar

---

dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em:  
<<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 28 jan 2026.

<sup>5</sup> Apresentando a "Origem da família", Maria Berenice Dias, em Manual de Direito das Famílias, discorre sobre a construção da família como instrumento de organização e controle social, possibilitando a multiplicação e sobrevivência da população: "a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Em determinado momento histórico o interventionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta. Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições" (DIAS, 2016, p. 47-48).

<sup>6</sup> Em O parentesco é sempre tido como heterossexual?, Judith Butler analisa a discussão realizada na França acerca da relação entre o parentesco e a transmissão cultural, questionando a apropriação da sexualidade pela cultura, a qual parece fantasiar uma relação de dependência e risco, de forma que se a primeira não significar procriação heterossexual, logo, a segunda não será transmitida. (BUTLER, 2003, p. 251-252).

<sup>7</sup> Segundo Fernando Seffner e Roger Raupp Rios, "há uma estreita conexão" (2018, p. 216) entre a configuração jurídica da família e o modelo de Estado, de tal maneira que à primeira é atribuída um papel de formar os cidadãos e, notadamente no contexto de codificação do Código Napoleônico, os proprietários: "Tratava-se de fundar a ordem pública sobre a ordem privada, a ordem social sobre a ordem doméstica, a grande pátria sobre a pequena. Nesse contexto, devem ser salientados o reforço drástico do poder marital, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino" (2018, p. 216).

<sup>8</sup> Michel Foucault, em História da Sexualidade I: a vontade de saber, descreve como a relação matrimonial estava no centro das disposições legais e morais de todas as disciplinas normativas da época: "O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrições; era sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sob estreita vigilância: se estivesse em falta, isto tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunha" (1988, p. 38).

uma racionalidade codificada que assentasse os ideais burgueses<sup>9</sup>. Sob este intento, os regramentos de ordem familiar estavam dispostos em favor do Estado Moderno, transformando a disciplina das famílias em proveito da promoção de um sujeito livre, na medida e nos limites de sua propriedade, mesmo que ainda condicionado a um modelo de família patriarcal e hierarquizada<sup>10</sup>. Logo, não se tratava de refundar ou reestruturar a família por uma perspectiva ontológica, mas garantir que, enquanto instituição, essa fosse capaz de estruturar o novo regime político e econômico em ascensão, mesmo que, para isso, fosse necessário manter as organizações internas de poder dessa entidade.

Não diversamente, a primeira codificação civil brasileira, em 1916, recepcionava e projetava as aspirações burguesas de um direito preocupado com a propriedade e, no âmbito das famílias, com a conservação e transmissão de seus patrimônios<sup>11</sup>. A família existia para o direito em torno de sua propriedade, de forma que o Código Civil buscava regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos sob a ótica do contratante e proprietário<sup>12</sup>. Validade e indissolubilidade do matrimônio, a extensibilidade do poder patriarcal, a legitimidade dos filhos através de critérios biológicos e os papéis desempenhados pelo marido e pela mulher no núcleo familiar apontavam para esse cuidado do legislador com o patrimônio<sup>13</sup>.

Mas se as transformações filosóficas, políticas e sociais anteriores não deram conta de reestruturar a ordem jurídica sobre a família - a qual subsistia matrimonializada, patriarcal e hierarquizada -, as movimentações ocidentais do século XX, por sua vez,

<sup>9</sup> Consoante aponta Lobato (2004), "o objetivo essencial do Código civil como instrumento jurídico foi desterrar o passado e instaurar uma nova sociedade civil, construir uma ordem nova para regular todas as relações importantes entre as pessoas, e entre estas e os bens, pôr fim aos antigos privilégios senhoriais e desmontar as caducas estruturas sociais e econômicas. [...] Destarte, criou um sistema jurídico harmoniosamente desenvolvido em torno do indivíduo, como membro da família e da sociedade, e apoiado em três pilares fundamentais: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, que ainda hoje, passados dois séculos, conservam sua firmeza e sua força basilar da ordem social." (2004, p. 20).

<sup>10</sup> Paulo Lôbo comenta que o Código Napolêonico "era conservador em sua essência, consagrando o direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição e transmissão e mantendo os membros da família sob o poder inconstitucional do marido e do pai" (2018, p. 20).

<sup>11</sup> Em relação ao Código Civil de 1916, Lôbo aduz que esse "seria o repositório tardio das aspirações liberais da burguesia brasileira, que lutava pelo predomínio político-econômico, em disputa com a aristocracia rural, especialmente a partir do advento da República (2018, p. 23).

<sup>12</sup> Essa relação estreita com a propriedade se torna evidente pelas palavras de Paulo Lôbo: "Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente." (1999, p. 103).

<sup>13</sup> Sobre o tema, Maria Berenice Dias ressalta que "o antigo Código Civil [...] regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia a estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento." (2016, p. 51).

alteraram profundamente o significado dessa instituição. A Revolução Industrial, as crises econômicas, o racismo científico e o surgimento de Estados Totalitários evidenciam que o sujeito de direito homem, branco, burguês, europeu, cristão e heterossexual já não se sustentava como fundamento paradigmático do ordenamento jurídico<sup>14</sup>. Estava se configurando uma sociedade que reclamava por justiça social e distributiva, exigindo tutela jurídica para além do patrimônio e liberdade para além do sujeito proprietário<sup>15</sup>. Assim, o advento do Estado Social traz consigo o compromisso de fornecer condições para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária, sob princípios promotores de uma justiça social e distributiva, focalizados na valorização ontológica do ser em sua plenitude e desvinculados de sua capacidade de acúmulo patrimonial. No âmbito do direito privado, isso significou a necessidade de se criar instrumentos para demarcação de limites à autonomia privada e à aquisição de propriedade<sup>16</sup>.

É no seio dessas transformações que a Constituição Federal de 1988 retira do Código Civil seu até então status de constituição do direito privado e sujeita-o a uma relação dialética com novos princípios constitucionais, entre eles, a primazia da pessoa humana nas relações civis<sup>17</sup>. O processo de constitucionalização do direito civil e sua repersonalização, conforme indica Ricardo Calderón, aproximou o direito dos fatos da realidade que buscava regular, forçando-o a apreender a evidente afetividade nas relações interpessoais<sup>18</sup>. Se a família brasileira há tempos já não se apresentava como uma entidade

<sup>14</sup> As trágicas experiências ocidentais de um Estado Liberal centrado na liberdade e autonomia individuais, delimitadas exclusivamente aos limites e possibilidades da propriedade, conforme aduz Roger Raupp Rios, impuseram ao direito a necessidade de se afirmar a dignidade de todos os seres humanos, "abrindo espaço para o reconhecimento de minorias étnicas, linguísticas e religiosas, chegando então à situação particular de vulnerabilidade feminina" (2018, p. 91).

<sup>15</sup> Em Constitucionalização do Direito Civil, Paulo Lôbo explica que no plano do direito, o Estado Social "é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos os inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil" (1999, p. 102).

<sup>16</sup> Ver em TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Revista de Direito do Estado - RDE, Rio de Janeiro, Ano 1, nº 2, 2006. p. 39

<sup>17</sup> Para Lôbo, "a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. [...] Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos." (1999, p. 108).

<sup>18</sup> Ao analisar o movimento de mudança de paradigma do Direito Civil, Calderón, em Princípio da afetividade no direito de família, explica que "na esteira disso [constitucionalização do direito privado e repersonalização do Código Civil] emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do

fechada em si mesma, capaz, por si só, de atender aos anseios de seus componentes e concretizar uma felicidade coletiva, a partir desse momento, tornou-se impossibilitada juridicamente de ser traduzida exclusivamente pelos seus fundamentos matrimoniais, biológicos e patrimoniais, devendo ser compreendida em conjunto com suas dinâmicas de solidariedade e de satisfação individual dos integrantes da entidade familiar, em igualdade.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 representou a consagração de um novo paradigma no âmbito do direito privado, cumprindo, na sua medida, com o objetivo pressagiado por Paulo Lobo, em 1999: "o desafio que se coloca aos civilistas é [...] a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais"<sup>19</sup>. A constitucionalização e repersonalização do direito civil significou profundas mudanças, especialmente no âmbito do direito de família que, conforme aduz Lobo, retornou ao seu papel mais remoto, "a de um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida"<sup>20</sup>. Para a presente pesquisa, visando articular as principais alterações no âmbito do direito das famílias que circundam o desenvolvimento de tecnologias reprodutivas no Brasil, destaca-se três dessas mudanças legais e doutrinárias, sendo elas: a inauguração do primado da afetividade no reconhecimento de entidades familiares e suas relações; a receptividade jurídica de novas composições familiares, compreendendo, nesse âmbito, a equiparação entre casamento e união estável, bem como entre união heteroafetiva e homoafetiva; e a legitimidade de filhos, independentemente de suas origens.

## **2.1 A valorização da afetividade em detrimento da matriz bioparental.**

Se no Código Civil de 1916 a entidade familiar somente era reconhecida com o matrimônio, elegendo-se o critério matrimonial para legitimar a sua prole, isto é, só são legítimos os filhos advindos da relação de matrimônio, o que se verifica, a partir da Constituição de 1988 e dos movimentos doutrinários seguintes, é o enfraquecimento da relevância do casamento nas relações familiares e o estreitamento do biologicismo para ceder espaço à valorização da afetividade, a qual, não obstante deixa de constar expressamente em nossos dispositivos legais, faz-se presente e necessária como uma decorrência e valorização constante do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

---

ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais" (2013, p. 139).

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA, v. 141, 1999, p. 103.

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 104.

<sup>21</sup> Nesse sentido, Maria Berenice Dias explica que "ainda que a palavra afeto não esteja expressa, a Constituição abraça a afetividade no seu âmbito de proteção" (2020, p. 156).

O indivíduo em gozo de sua liberdade também o deveria ser ao se definir em família e livremente dispor sobre seus arranjos e significados, configurando e reconfigurando suas relações de afeto e afinidade interrelacionais<sup>22</sup>. Procriar, unir-se em conjugalidade, abraçar amores múltiplos e amores outros são aspirações que ao Estado incumbiria tão somente a regulamentação na medida e no limite de viabilizá-las em diálogo com os novos ditames constitucionais e nos fundamentos dos direitos humanos. Logo, busca-se romper as fronteiras da moral cristã, da verdade biológica, da legitimidade conjugal e da centralidade patrimonial. O Direito se encontra sob um novo paradigma: a valorização da afetividade como princípio significante da entidade familiar<sup>23</sup>.

O biologicismo e a afetividade passaram, então, a ser dois fatores distintos na compreensão do momento constitutivo da família, e o que tem se demonstrado é que o perfil consensual e o afeto constante, voluntário e espontâneo, estão adquirindo maior destaque no reconhecimento de entidades familiares, de tal forma que as relações que, embora sem vínculo biológico, merecem a mesma tutela que as demais<sup>24</sup>.

De acordo com Ricardo Calderón<sup>25</sup>, existe uma evidente projeção jurídica da afetividade como princípio, de tal forma que, considerando a sua inserção num complexo de institutos e princípios já existentes, possui o condão de facilitar outras construções teórico-práticas que venham a surgir com as alterações sociais, especialmente dentro do direito de família. É nesse sentido que tanto novos arranjos familiares passam a ser, gradativamente, percebidos pelo ordenamento jurídico, quanto vão sendo construídos caminhos para o reconhecimento de novas formas de constituição de prole, entre elas, aquelas derivadas do desenvolvimento biotecnológico, como a inseminação artificial.

---

<sup>22</sup> Dias destaca a necessidade de se indagar se o Estado possui legitimidade para intervir na configuração familiar e, se a detém, em que medida isso deve ser feito: "é preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do 'ser' sujeito" (2016, p. 50).

<sup>23</sup> Ao comentar sobre o princípio da afetividade, Ricardo Calderón leciona que, "como a família é reflexo da sociedade na qual está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de 'legitimidade', vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registrais. A alteração processada distanciou-se desta concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores" (2020, p. 141).

<sup>24</sup> A exemplo dessa valorização da afetividade, destaca-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Recurso Extraordinário nº898.060 e da análise de Repercussão Geral Tema 622, aprovando a tese de equivalência da paternidade socioafetiva em relação a paternidade biológica. STF, Tema 622 (leading case RE 898060).

<sup>25</sup> Sobre o tema, ver mais em CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## 2.2 Reconhecimento jurídico de outras constituições familiares.

Se "o afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade"<sup>26</sup>, a relação matrimonializada entre homem e mulher, sendo a única legítima do Código Civil de 1916, foi perdendo seus sustentáculos jurídicos. A igualdade estabelecida pela Constituição Federal de 1988 entre casamento e união estável e a posterior equiparação dos dois institutos para fins de sucessão, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, é um dos reflexos dessa nova compreensão de família, intimamente relacionada à existência de vínculo afetivo.

De forma equivalente, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a ADIn 4277/DF e ADPF 132/RJ, alargou ainda mais o conteúdo acerca das entidades familiares ao equiparar a união homoafetiva e heteroafetiva, compreendendo que, se a previsão constitucional é pela promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, Constituição Federal/88), não é cabível o impedimento ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero, devendo ser excluído qualquer significado nesse sentido advindo do artigo 1.723 do Código Civil. Ricardo Calderón aponta que no fundamento desse entendimento "houve clara contribuição do reconhecimento jurídico da afetividade para o resultado final obtido"<sup>28</sup>.

Essa paridade entre as uniões se configura, simultaneamente, como expressão dos esforços na promoção da dignidade da pessoa humana e como movimento canalizador de sua ascensão para grupos minoritários - na acepção sociológica do termo - que antes não encontravam escopo na legislação. Trata-se de um processo dialético que, ao mesmo tempo em que reconhece demandas específicas, abre espaço para novos anseios jurídicos e passa a conferir contornos de sujeito de direito para aqueles que se encontram distantes

<sup>26</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 436.

<sup>27</sup> Tese de repercussão geral do STF: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (STF, REs 878.694 e 646.721, T. Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017).

<sup>28</sup> Essa afirmação de Ricardo Calderón, em Princípio da afetividade no direito de família (2017, p. 148), fundamenta-se na análise dos votos dos Ministros deste caso, uma vez que a maioria se referia, constantemente, ao princípio da afetividade. A conclusão do autor dialoga com o que Maria Berenice Dias expõe em O requisito da publicidade nas uniões homoafetivas, ao descrever que, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente proclamou "que o princípio da afetividade serve de norte a todo o sistema jurídico normativo" (2020, p. 157).

do homem universal, proprietário e heteronormativo para qual a legislação foi desenhada<sup>29</sup>.

### **2.3 Legítimos ou ilegítimos, não, filhos.**

Por último, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, demarcada juridicamente pelo Código Civil de 1916, adquiriu status de inconstitucionalidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que estabeleceu um regime jurídico onde todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação (art. 5º, caput, Constituição Federal/88).

Em vista dessa igualdade plena, não há mais que se falar em filhos legítimos e ilegítimos, conforme regia o art. 337 do Código Civil/16, seja pelas diferenciações baseadas em critérios biológicos, seja pela adoção ou até mesmo, e mais recentemente, pelas novas formas de concepção da prole que divergem da cópula heterossexual, devendo todos receber tutela jurídica, sem restrições<sup>30</sup>.

O detimento dessa distinção reforçou o primado da afetividade, contribuindo para que se formulassem cognições jurídicas de reconhecimento das novas formas de composições familiares, uma vez que também reduzidos foram os efeitos patrimoniais decorrentes da eleição de uma ou de outra forma de constituição de filhos.

Conforme observa Roger Rios<sup>31</sup>, a alteração da concepção jurídica tradicional sobre a ideia de família é um produto constante das mudanças das próprias dinâmicas familiares, a partir da segunda metade do século XX, as quais superam o modelo patriarcal e hierárquico, atravessam o modelo fusional de família e alcançam a "família pós-moderna", centrada na gratificação individual de cada componente familiar. É dessa nova estrutura que configurações familiares diversas vão se arranjando e sobrepondo-se, como a família

<sup>29</sup> Diante desses processos, Fernando Seffner e Roger Raupp Rios apontam para um caminho legislativo e jurisprudencial onde "mais que repetir os esquemas tradicionais dos modelos institucionais de família [...] abre-se a possibilidade de transformar o direito de família" (2018, p. 232).

<sup>30</sup> Conforme afirma Lôbo "se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do Direito de Família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica" (2004, p. 48).

<sup>31</sup> Sobre o tema, ver mais em BORRILLO, Daniel. SNEFFER, Fernando (Org.); RIOS, Roger Raupp (Org.). Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer. Porto Alegre: Ed. da UFCSPA, 2018.

de coparentalidade, cujo objetivo de sua composição se situa na satisfação pessoal de criar filhos<sup>32</sup>.

Em resposta, a ciência tem sido capaz de acompanhar esses anseios, desenvolvendo métodos e técnicas para além da conjugalidade sexual, à exemplo da inseminação artificial, apreendendo as várias e distintas necessidades de pais e mães solo, casais homoafetivos, em coparentalidade, pessoas inférteis, e uma infinidade de outras configurações sociais que se orientam pelo mesmo desejo: procriar. Portanto, se a biotecnologia tem corrido contra o tempo para responder a essa necessidade, desenvolvendo novas e aperfeiçoadas tecnologias reprodutivas, o desafio que se apresenta é se o ordenamento jurídico também estará dotado dessa mesma habilidade em se atualizar e acompanhar as evoluções sociais e científicas.

### **3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL COMO POSSIBILIDADE DE FAMÍLIA.**

A abertura de horizontes para que novas configurações familiares fossem percebidas pelo direito, conforme descrito anteriormente, encontrou guarida, também, no progresso da biotecnologia. Mulheres solteiras, casais heterossexuais inférteis, casais homoafetivos e em coparentalidade passam a dispor de novos instrumentos capazes de satisfazerem suas demandas por descendência e procriação<sup>33</sup>.

Em seu trabalho investigativo sobre os estigmas da adoção, Fernando Silva Teixeira Filho, valendo-se das contribuições de Judith Butler, Michael Foucault e Sigmund Freud, indica que a interlocução entre linguagem, cultura e psicologia fixaram bases profundas na psique humana quanto à imprescindibilidade de se gerar filhos biológicos<sup>34</sup>. Para o autor,

---

<sup>32</sup> Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho, ao discutirem o reconhecimento da família homoafetiva, indicam que, "no contexto da pluralidade familiar, não há justificativa para o não reconhecimento das entidades familiares anaparentais, poliafetivas e até mesmo as coparentais. A proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade e a garantia aos direitos fundamentais impõem a aceitação de novas modalidades de família fundadas no afeto entre seus membros" (2019, p. 23).

<sup>33</sup> Pedro Alexandre Costa (2012), em "Homoparentalidade - Que famílias, que experiências?", indica que o desenvolvimento dessas tecnologias reprodutivas propiciou o surgimento, nas décadas de 70 e 90, dos fenômenos de planejamento familiar por casais homoafetivos, denominados Lesbian Baby Boom e Gay Baby Boom, respectivamente.

<sup>34</sup> Centrado, principalmente, nas reflexões sobre "revivescência narcísica" e "Complexo de Édipo" de Sigmund Freud e de compulsoriedade heterossexual na construção de um Estado Nação de Judith Butler, Teixeira Filho problematiza uma heterossexualidade hipostasiada que se apresenta mais como simbólica do que social, de forma que ter filhos só faz sentido se os papéis de "mãe" ou "pai" puderem ser desempenhados: "Vemos como e por que a esterilidade é sentida como uma castração e um interdito irrefutável para muitas pessoas. É como se as pessoas que não pudessem procriar biologicamente não fizessem parte do "jogo" de fundação de uma nação, de uma cultura, e da própria afirmação de sua masculinidade e/ou feminilidade marcadas sob a batuta da maestria heterossexual." (2010, p. 251-252). Importante destacar que ao estabelecer uma relação entre filiação biológica e heterossexualidade, Teixeira não intenta categorizar todas as performances de

a necessária sobreposição de sexo, gênero, desejo e práticas sexuais heterossexuais convertem-se no que é cunhado de matriz bioparental. Nesse sentido, fundamentos diversos constroem e embasam não somente uma compulsoriedade pela geração de filhos biológicos<sup>35</sup>, como repercutem na construção de estigmas acerca da adoção<sup>36</sup>, estimulando a demanda por tecnologias reprodutivas que deem conta de satisfazer esse objetivo gestacional, mesmo por aqueles biologicamente impossibilitados de o desempenharem.

A antropóloga Naara Luna, ao se debruçar sobre o tema, observa que, diante da impossibilidade de geração de filhos biológicos a partir da cópula sexual, a compreensão e aceitação social sobre a novas tecnologias reprodutivas se desenvolvem por intermédio da superposição entre a noção tradicional de laços de sangue e a noção científica de laços genéticos, substituindo a consanguinidade pelo que denomina de genetização do parentesco<sup>37</sup>. Percebeu-se, através das análises de Marilyn Strathern<sup>38</sup>, que a caracterização secular do parentesco biológico como verdadeiro e legítimo não foi relativizada pelas biotecnologias de reprodução humana, mas reinterpretada a partir de novas representações sobre o significado do natural e do biológico. Dessa forma, o sangue, enquanto categoria simbólica da transmissão de qualidades físicas e morais, sofre um

---

sexualidade nesse campo, mas apontar que "o desejo de ser pai e mãe, nesse caso, parece mais se alimentar de um desejo de heterosexualização de um Estado que, para se manter, necessite da prerrogativa da procriação na formação de uma nação e menos de uma experiência de amor, cuidado e prazer que pode ser vivido junto a uma criança" (2010, p. 252).

<sup>35</sup> O conceito psicanalítico de revivescência narcísica através da reprodução em FREUD, Sigmund. Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos. Tradução de Paulo César de Souza. Obras Completas, v. 12, 1<sup>a</sup> ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 25.; A legitimação subjetiva de não heterossexuais através da performance de parentalidade em BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterosexual?. Cad. Pagu, 2003, n.21, p. 251; E a construção de um Estado heterosexual em COSTA, Rosely Gomes. Reprodução e gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção. Revista Estudos Feministas, v. 10, n. 2, 2002, p. 345, despontam como alguns dos inumeráveis elementos dessa compulsoriedade.

<sup>36</sup> Ver em MELLO, Ivana Suely Paiva Bezerra de; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Percepção de homens e mulheres acerca de quem entrega um filho para adoção. Psicologia Ciência e Profissão, v. 21, n. 3, 2003. p. 76-83.

<sup>37</sup> Naara Luna indica que, diante da preocupação em transmitir características físicas e sociais aos seus filhos, "a intenção é usar as técnicas para propiciar o parentesco de sangue geralmente identificado com os genes, mas também com a gestação. Sangue às vezes se aproxima do discurso biomédico e se torna DNA" (2005, p. 412).

<sup>38</sup> STRATHERN, Marilyn. *Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*. Manchester: Manchester University Press, 1992.

processo de ressignificação e passa a ser representado pelo material genético contido nos gametas<sup>39</sup>.

Frente à construção da compulsoriedade por filiação biológica<sup>40</sup>, conforme leciona Maria Helena Diniz<sup>41</sup>, a embriologia e a engenharia genética iniciaram uma corrida para dar resposta a esse desejo de descendência e de procriação por parte dos casais estéreis, as quais desenvolveram novas técnicas para "a criação do ser humano" em laboratório. Entre essas, destaca-se a ectogênese ou fertilização "in vitro", também denominada Reprodução Assistida, a qual foi desenvolvida pela primeira vez, em 1978, no Royal Oldham and District General Hospital de Lancashire, resultando no nascimento de Louise Brown<sup>42</sup> e, no Brasil, em 1984, com o nascimento de Anna Paula Caldera.

A técnica que, apesar de recente, tornou-se bastante utilizada<sup>43</sup> se divide, conforme explica Renata Malta Vilas-Bôas<sup>44</sup>, em duas categorias: fertilização in vitro, procedimento pelo qual a concepção do óvulo ocorre em uma proveta de laboratório, externo ao corpo da pessoa gestante, e fertilização in vivo, ocasião em que a concepção se desenvolve inserindo o material genético no corpo da pessoa que irá gestar. A reprodução assistida se subdivide, ainda, em homóloga, quando utilizados gametas exclusivamente do casal que pretende ter filhos, ou heteróloga, quando da utilização de material genético de terceiro doador, seja sêmen ou óvulo<sup>45</sup>.

Destarte os debates ético-morais que possam ser levantados na temática da reprodução assistida, as novas técnicas de reprodução existem, estão em constante evolução e é necessário que o direito seja capaz de acompanhar e regular essas

<sup>39</sup> Para Luna, "a genetização do parentesco diz respeito à representação dos laços de parentesco como relações genéticas, sendo considerada a base verdadeira para a constituição tanto do parentesco, como da identidade pessoal e de suas origens" (2005, p. 211).

<sup>40</sup> Destaca-se que, embora a heterossexualidade hipostasiada e a descrita compulsoriedade pela geração biológica de filhos sejam aqui apresentadas como umas das razões que tornam as tecnologias reprodutivas bastante atrativas, não se pretende delimitar a escolha pela utilização da inseminação artificial como advinda desses fatores.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 733.

<sup>43</sup> O 11º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), demonstrou que 36.307 procedimentos de fertilização in vitro foram realizados, em 2017, no Brasil.

<sup>44</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. A inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica. *Âmbito Jurídico*, v. 90, 2011, p. 1-20

<sup>45</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FISHER, Karla Ferreira de Camargo. Reprodução Humana Assistida e Parceria Homoafetiva. *Pensar* (UNIFOR), v. 17, 2012, p. 22.

transformações, não no sentido de obstar o progresso científico, mas limitá-lo e orientá-lo na medida que todos os valores do nosso ordenamento estejam em harmonia<sup>46</sup>.

Não obstante o cenário de avanços biotecnológicos sobre o procedimento e a alta demanda pela sociedade, a técnica ainda carece de legislação específica. Em que pesem os diversos projetos de lei sobre o tema<sup>47</sup>, a inércia do legislador brasileiro acerca da Reprodução Humana Assistida, consoante afirmação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, indica para uma incerteza quanto aos benefícios da sua regulamentação e sobre como fazê-la<sup>48</sup>. Frente a omissão legislativa, essa técnica encontra-se, atualmente, amparada por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina<sup>49</sup>, a Resolução nº 2.168/2017, e por um Provimento do Conselho Nacional de Justiça, o Provimento nº 63/2017, ao lado da interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, em consonância com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

### **3.1 Principais aspectos da Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina.**

A Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, com observância aos princípios éticos e bioéticos à luz de garantir maior segurança e eficácia a esses tratamentos e procedimentos médicos<sup>50</sup>. Entre os dispositivos da referida resolução, enfatiza-se um dos seus princípios gerais, disposto no art. 4º, o qual estabelece a

<sup>46</sup> A afirmação de Maria Helena Diniz, ao se demarcar contrária às novas tecnologias reprodutivas, evidencia o deslocamento da discussão moral para uma preocupação jurídica sobre o tema: "Todavia, ante a atualidade e o desafio das novas técnicas de reprodução humana, apesar de sermos contrários a elas, apresentamos algumas sugestões que poderiam diminuir um pouco suas graves consequências" (2017, p. 760).

<sup>47</sup> PL 3638/1993, de Luiz Moreira (PTB/BA), arquivado; PL 2855/1997, de Confúcio Moura (PMDB/RO), apensado ao PL 1184/2003; PL 1135/2003, de Dr. Pinotti (PMDB/SP), apensado ao PL 2855/1997; PL 2061/2003, De Maninha (PT/DF), apensado ao PL 1184/2003; PL 1184/2003, de Lucio Alcantara (PSDB/CE), em tramitação; PL 4892/2012, de Eleuses Paiva (PSD/SP), apensado ao PL 1184/2003); PL 115/2015, de Juscelino Rezende Filho (PRP/MA), apensado ao PL 4892/2012.

<sup>48</sup> Para Gama, "uma das maiores questões jurídicas que se apresentam no estágio atual do Direito relativamente às técnicas de reprodução assistida diz respeito à postura legislativa, sendo de se discutir se é mais válido prosseguir com a posição abstencionista [...] ou adotar posição regulamentadora" (2008, p. 350).

<sup>49</sup> A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o tema foi publicada em novembro de 1992, sob o nº 1.358/1992. Após 18 anos em vigência, a Resolução sobre a Reprodução Humana Assistida foi sendo atualizada, sucessivamente, através das resoluções nº 1.957/2010, nº 2.013/2013 e nº 2.121/2015. Atualmente, encontra-se vigente a Resolução nº 2.168/2017, razão pela qual a análise da presente pesquisa se restringe a referida resolução. Destaca-se que, em novembro de 2020, o Conselho Federal de Medicina atualizou a Resolução nº 2.168/2017, por meio da Resolução nº 2.283/2020, alterando o item 2 do inciso II, a fim de ampliar a interpretação acerca dos pacientes das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

<sup>50</sup> Preâmbulo da Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

exigibilidade da elaboração de um documento escrito em formulário especial, contendo o consentimento livre e esclarecido de todos os envolvidos no procedimento, bem como todos os detalhes e aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma das técnicas e os resultados obtidos pela unidade de tratamento responsável<sup>51</sup>.

Quanto aos pacientes das técnicas de reprodução assistida, uma leitura conjunta dos artigos 1º e 2º do referido capítulo indicam que pessoas capazes, solteiras e pessoas em relacionamentos homoafetivos estão aptas a realizar o procedimento, sendo possível, também, a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina (art. 3º, capítulo II, Resolução nº 2.168/2017, CFM).

O capítulo III, por sua vez, discorre acerca de algumas exigências a serem cumpridas pelas clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de Reprodução Assistida. O caput do referido capítulo evoca a responsabilidade exclusiva do procedimento para as clínicas, centros e serviços, incluindo os cuidados com controle de doenças infectocontagiosas, bem como por todo o procedimento a ser realizado<sup>52</sup>, devendo estar equipadas com, no mínimo, um diretor técnico com especialidade na técnica de Reprodução Assistida<sup>53</sup>, além de um registro permanente de todas as informações relacionadas à gestação, nascimento e malformações de fetos advindos dessa técnica<sup>54</sup>.

Depreende-se, portanto, da leitura da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que, concernente às técnicas de inseminação artificial e fertilização in vitro, há expressas disposições quanto às exigências e formalidades necessárias para a realização de ambos os procedimentos. Devendo ser realizado por pessoas capazes, não há qualquer

<sup>51</sup> 4º. 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. Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>52</sup> As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA. Caput, Capítulo III, Resolução nº 2.168/2017, CFM.

<sup>53</sup> 1º. Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados. Capítulo III, Resolução nº 2.168/2017, CFM.

<sup>54</sup> 2º. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

exclusão de outro segmento, enfatizando-se, ainda, a exclusividade da aplicação da referida técnica pelas clínicas especializadas e centros de reprodução, dotados de médicos especialistas na reprodução assistida e que devem seguir protocolo específico para a sua realização, como a elaboração de documento específico contendo informações detalhadas do procedimento, com efeitos biológicos, jurídicos e éticos.

### **3.2 Provimento nº 63/2017 e o registro de filiação dos filhos advindos da RHA.**

Se razoavelmente discutida normativamente a aplicação da técnica de reprodução assistida, no Brasil, por outro lado, mas não diferentemente, precárias são as normas para registro de filhos advindos pelo referido procedimento. Conforme preceitua Guilherme Calmon Nogueira da Gama, existe uma omissão legislativa no Código Civil de 2002, o qual não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida<sup>55</sup>, existindo, tão somente, dois únicos dispositivos legais que se referem à prática, sendo eles o art. 1.593 e 1.597, esse último dispondo especificamente quanto à presunção de filhos concebidos na constância do casamento como sendo também os havidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga<sup>56</sup>.

Em vista dessa lacuna legislativa, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 14 de março de 2016, o Provimento nº 52, visando a regular o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, posteriormente editado pelo Provimento nº 63/2017<sup>57</sup>. Entre as suas disposições, resolve que o assentamento de filhos

<sup>55</sup> Para Gama, o preceito do art. 1.593 do Código Civil/02 não é uma novidade, segundo o autor "é importante ressaltar que tal espécie de parentesco civil sempre existiu, a despeito da falta de expressa previsão legislativa, e, nesse sentido, se mostra digna de importante nota a referência à outra origem para designar o parentesco civil. A mudança, apenas formal, da redação do art.1.593 do Código Civil de 2002 permitirá confirmar, fundamentalmente, toda a construção teórica realizada para demonstrar a importância do reconhecimento de outra origem não sanguínea do parentesco que não apenas a adoção no sistema jurídico brasileiro" (2004, p. 282).

<sup>56</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>57</sup> Em 14 de agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 83, atualizando o Provimento nº 63/2017. No entanto, as alterações implementadas pelo novo provimento se restringem à Seção II do Provimento nº 63/2017, notadamente quanto aos art. 10 e art. 11, os quais dispõem sobre o reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva, seus critérios e consentimentos. Tendo em vista que essa atualização não abrange a Seção sobre a Reprodução Humana Assistida, o Provimento nº 63/2017

havidos pela técnica em questão se dará independentemente de prévia autorização judicial, podendo ser realizado por pais casados ou em união estável, heteroafetivos ou homoafetivos, e possibilitando que apenas um dos cônjuges/companheiros compareça em cartório para o ato de registro, desde que munido dos documentos exigidos pelo Provimento<sup>58</sup>.

Dos documentos indispensáveis para fins de registro e emissão da certidão de nascimento, o art. 17º do Provimento nº 63 resolve que deverão ser apresentados a declaração de nascido vivo (inciso I), a declaração com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome de seus beneficiários (inciso II), certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal (inciso III).

### **3.3 Cotejo entre as disposições sobre a Reprodução Humana Assistida e o ordenamento jurídico brasileiro.**

Uma leitura atenta do art. 17º, inciso II, do Provimento nº 63/2017 demonstra a conjunção desta disposição com a exigência prevista no art. 4º da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca da imprescindibilidade de elaboração de documento escrito e formal acerca de todas as circunstâncias envolvendo o procedimento eleito dentro das técnicas de reprodução assistida. Da exegese conjugada das duas disposições, depreende-se o caráter exclusivo das clínicas e centros de reprodução assistida para a realização do procedimento.

Percebe-se, também, que o reconhecimento de filiação por reprodução assistida diretamente em cartório de registro civil, independentemente de ter sido realizado por casais heteroafetivos ou homoafetivos, trata-se de um reflexo da alteração paradigmática no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já explorado, da passagem do biologicismo para a valorização da afetividade no reconhecimento das relações familiares. Se o vínculo heterossexual, propriamente o matrimônio, já não é mais determinante para o reconhecimento do estado de filiação, uma vez que se passou a reconhecer a socioafetividade como elemento central nas relações familiares, não havendo, pela própria

---

continua vigente em seus termos sobre o tema, razão pela qual a presente pesquisa não estende a análise ao Provimento nº 83/2019.

<sup>58</sup> Art. 16. O assentamento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos da documentação exigida por esse provimento. §1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 17, III, deste provimento. Provimento nº 63/2017, CNJ.

Constituição Federal de 1988, distinções entre filhos biológicos e socioafetivos, inexiste entrave legal para esse reconhecimento.

Considerando, ainda, a disposição do art. 1.593, do Código Civil de 2002: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem", inequívoco que o reconhecimento de parentesco inclui a procriação assistida heteróloga, através da expressão "outra origem", deixando de validar apenas a adoção entre as formas de constituição de prole não-consanguínea.

Por sua vez, o princípio da igualdade, disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, oferece os contornos constitucionais para o reconhecimento de filhos advindos de técnicas de reprodução humana, vetando qualquer forma de discriminação, seja relacionada aos pais, sendo casados, em união estável, heteroafetivos, homoafetivos ou compostos por apenas uma pessoa, seja quanto aos filhos, independentemente de suas origens.

Portanto, verifica-se que, não obstante a debilidade normativa acerca do procedimento envolvendo as técnicas de reprodução assistida e, consequentemente, o registro de filiação da prole advinda desse método, o ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado para a valorização das novas composições familiares, especialmente centradas nas relações de afetividade, de forma a recepcionar outras formas de geração de filhos biológicos.

Contudo, não se descuida que o lastro jurídico sobre o tema é raso e instável. As adequações jurídicas emanadas pelo poder judiciário, como o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, e por resoluções e provimento de entidades como o Conselho Federal de Medicina e Conselho Nacional de Justiça, simbolizam avanços na racionalização de outras potencialidades de famílias, mas não garantias perenes. Reflexo dessa fragilidade pode ser representado pelo Projeto de lei nº 6.583/2013<sup>59</sup>, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR-PE), qual busca estabelecer um Estatuto da Família que dispõe, na definição central de família, como sendo aquela "formada a partir da união entre um homem e uma mulher", visando proteger a entidade da "desconstrução do conceito de família".

---

<sup>59</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. PL 6.583/2013.  
16 out 2013. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra;jsessionid=517D36233CD24BE76FFDF49A539C4DAC.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=517D36233CD24BE76FFDF49A539C4DAC.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>. Acesso em 05 jan 2026.

Por fim, a própria regulamentação legislativa da reprodução humana assistida é outra particular atenção que não deve sair de órbita. Isto, porque um dos principais projetos de lei em tramitação, o PL 1184/2003, de autoria do Senador Federal Lucio Alcantara (PSDB/CE), restringe a utilização da técnica aos casos de infertilidade (art. 2º), fazendo sempre referência expressa às deficiências reprodutivas da mulher, de forma a demonstrar pouca preocupação na ampliação do uso da referida técnica. Ainda, dispõe de uma série de proibições, à exemplo da gestação por substituição (art. 3º) e dedica um capítulo inteiro às sanções penais, atribuindo conduta-crime à diversos comportamentos que possam decorrer da Reprodução Humana Assistida (Capítulo VII).

#### **4. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA COMO ALTERNATIVA AOS CUSTOS DO PROCEDIMENTO.**

Em um país que com mais de oito milhões de pessoas inférteis<sup>60</sup>, somados ao número mulheres que se encontram fora de uma relação e desejam constituir prole, bem como aos casais homoafetivos que se deparam com uma barreira biológica na concepção de seus filhos e aos casais em coparentalidade<sup>61</sup>, a Reprodução Humana Assistida recebeu expressiva adesão, mesmo com o elevado custo do procedimento<sup>62</sup>. O Sistema Nacional de Produção de Embriões aponta que, somente no ano de 2018, cerca de 43.098 ciclos de fertilização in vitro foram realizados<sup>63</sup>, apontando para um quadro comparativo exponencial na utilização dessa tecnologia, entre os anos de 2012 e 2018<sup>64</sup>.

Mesmo com alta demanda, a técnica de reprodução assistida ainda se apresenta como um método de custo elevado, reservado a uma pequena parcela da população. De acordo com o diretor clínico do Instituto Brasileiro de Reprodução Assistida, Bruno Scheffer, o procedimento pode variar entre R\$600,00 a R\$15.000,00, não considerando os valores compreendidos com a medicação necessária para maior eficácia da técnica, bem

<sup>60</sup> IBGE. Censo Demográfico 2010. Nupcialidade, fecundidade e migração.

<sup>61</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, v. 36, 2019. p. 28.

<sup>62</sup> Já em 2017, Maria Helena Diniz apontada para o alto custo do procedimento, questionando a viabilidade e o propósito da inseminação artificial (2017, p. 758).

<sup>63</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio, 2019. p. 5.

<sup>64</sup> *Ibidem*. p. 6.

como desconsiderando a eventual hipótese de ser necessário realizar mais de um procedimento para que a fecundação ocorra<sup>65</sup>.

Diante da alta demanda pelo procedimento e seus altos custos, a Reprodução Humana Assistida se tornou matéria de política pública, através da Portaria nº 426 de 2005, do Ministério da Saúde, a qual instituiu o Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, visando regular e facilitar o acesso gratuito a referida técnica, em garantia do direito fundamental ao planejamento familiar, e em consonância com o art. 1565, §2º do Código Civil e do art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988.

#### **4.1 Ineficácia da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.**

Em face do supracitado dispêndio financeiro envolvendo a reprodução assistida, considerando os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre casais inférteis, o Ministério da Saúde, em 2005, instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (PNRHA), no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria nº 426/2005, visando “estruturar no SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permita atenção integral em reprodução humana assistida e melhoria do acesso a esse atendimento especializado”<sup>66</sup>. Em conjunção com a Portaria nº 388/2005, da Secretaria de Atenção à Saúde, que define diretrizes para a efetivação e integralização da PNRHA no território nacional, destaca-se dois aspectos para a presente pesquisa, a destinação orçamentária para a efetivação da política pública em questão e os critérios subjetivos de admissão no programa de assistência pelo SUS.

Por meio da Portaria nº 426/2005, do Ministério da Saúde, estabeleceu-se um financiamento articulado entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde, almejando a execução de “projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil”<sup>67</sup>, vislumbrando, ainda, a destinação de recursos federais compreendidos em até R\$ 10 milhões, entre agosto e

<sup>65</sup> Quanto custa a reprodução assistida?, publicado em 2013. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/quanto-custa-reproducao-assistida.html>>. Acesso em 08 jan 2026.

<sup>66</sup> Preâmbulo da Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

<sup>67</sup> Art. 2º, inciso II, Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

dezembro de 2005, para o referido procedimento, além de objetivar a criação de 21 centros de reprodução assistida, até 2007<sup>68</sup>.

Contudo, sob a justificativa dos altos custos das técnicas e procedimentos utilizados, bem como a grande demanda e pequena oferta à população infértil, essa distribuição de recursos orçamentários não se tornou realidade, tendo sido relegada a responsabilidade orçamentária, quase exclusivamente, às Secretarias Estaduais e Municipais, refletindo, também, na impossibilidade de expansão do programa, uma vez que se verificou, em 2012, a existência de apenas nove centros médicos vinculados à assistência gratuita na realização de inseminação artificial<sup>69</sup>.

Quanto aos critérios de admissibilidade ao procedimento de reprodução humana assistida, a Portaria nº 426/2005 dispõe a respeito do público-alvo à assistência gratuita pelos centros integralizados ao SUS, sendo eles os casais inférteis, os portadores de doenças genéticas e os portadores de doenças infecto-contagiosas. Se pela definição da Organização Mundial da Saúde infértil é o casal que mantém relações sexuais sem métodos contraceptivos durante 12 meses sem engravidar, parece existir um critério heteronormativo na definição de quem será atendido pelo PNRHA, uma vez que se "exclui os casais homoafetivos dos potenciais usuários/as do serviço de reprodução humana assistida"<sup>70</sup>.

Verifica-se, portanto, um descompasso entre a transformação social pela qual passou a entidade familiar e a disposição normativa da portaria do Ministério de Saúde, pois, ao se considerar a infertilidade - sendo aquela culturalmente reconhecida como característica de relacionamentos heterossexuais - como fundamento de seleção para o

<sup>68</sup> "O governo Lula tornou-se entusiasta da biotecnologia [...]. o então Ministro da Saúde Humberto Costa [...] publicara portaria criando a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida no Sistema Único de Saúde. Uma reunião do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde estimou que o impacto do credenciamento de 5 centros de Reprodução Assistida entre agosto e dezembro de 2005, seria de R\$ 9 a 10 milhões. Há previsão de credenciamento de 13 serviços em 2006, atingindo em 2007, o total de 21 centros" (REIS, 2006, p. 91).

<sup>69</sup> Regino explica que a debilidade normativa acerca do financiamento federal para a reprodução humana assistida através do SUS foi um dos principais entraves para a continuidade do programa de assistência gratuita. Ainda que o Governo Federal tenha destinado importes milionários às secretarias estaduais, não havia um aporte financeiro próprio para o programa capaz de suprir a demanda, assim os "serviços que oferecem a reprodução humana assistida pelo SUS, receberam incentivos financeiros até a regulamentação da lei com a criação de procedimentos e normativas por ser um campo muito complexo e de alto custo" (2016, p. 88).

<sup>70</sup> REGINO, Fabiane Alves. O desejo de ter filhos e a construção de gênero nas políticas de saúde: análise da política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida. Tese (Doutorado Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2016, p. 92.

programa, não se credita de mesma prioridade aos casais homoafetivos e, até mesmo, às famílias compostas por um único indivíduo que intenta constituir prole<sup>71</sup>.

A conjunção dessas duas circunstâncias, objetiva e subjetiva, associadas, ainda, ao tempo de espera para o atendimento gratuito dos programas de reprodução humana assistida integralizados ao SUS, que pode levar, em média, quatro anos<sup>72</sup>, demonstrou a insuficiência do PNRHA na garantia de direitos reprodutivos e sexuais e ao livre planejamento familiar, levando à insuficiência do programa em atender as diversas e variadas demandas e, consequentemente, em garantir ampla e gratuita assistência àqueles que intentam constituir filhos por meio de técnicas reprodutivas<sup>73</sup>.

Ao lado da inficiência estatal em se estabelecer um programa contínuo e eficaz para garantir o acesso à reprodução humana assistida, destaca-se, também, a ausência de assistência no setor privado da saúde. Embora a Lei nº 11.935/09 tenha incluído a obrigatoriedade dos planos de saúde cobrirem o atendimento nos casos de planejamento familiar (art. 35-C, III), alterando a redação da disposição contida na Lei nº 9.656/98, a qual regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, essa última, por sua vez, expressamente exceta a inseminação artificial dessa cobertura obrigatória<sup>74</sup>. Dessa forma, mesmo assegurado o direito aos tratamentos para efetivar o planejamento familiar, a reprodução humana assistida se encontra fora do rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, delegando à liberalidade de cada seguro privado de assistência à saúde a decisão por custear a técnica, o que dificilmente se concretiza, tendo em vista o seu alto custo e a não rara necessidade de repetição.

---

<sup>71</sup> Delgado nos ensina que, "atualmente, o termo infértil é aplicado caracteristicamente ao casal e não a um único indivíduo, pois culturalmente a fertilidade é apenas reconhecida como parte integrante de um relacionamento heterossexual, daí a utilização da expressão Infertilidade conjugal" (2007, p. 10).

<sup>72</sup> Reprodução assistida: tratamento gratuito garante sonho de ter filhos, por Rafaela Felicciano. Publicado em 13/05/2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/saude-br/reproducao-assistida-tratamento-gratuito-garante-somho-de-ter-filhoss>>. Acesso em 10 jan 2026.

<sup>73</sup> Para Regino, "muito embora o PNRHA fosse regido por diretrizes que visam garantir os direitos reprodutivos por meio de técnicas de concepção, a fim de promover uma maternidade e/ou paternidade responsáveis, algumas diretrizes, no decorrer do processo de implementação, se mostraram contrárias ao que foi proposto nas diretrizes iniciais, reforçando assim as desigualdades e repercutindo assim na integralidade do cuidado dos casais inférteis" (2016, p. 163).

<sup>74</sup> Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] III - inseminação artificial. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

#### **4.2 Inseminação artificial caseira como alternativa ao elevado custo do procedimento.**

Nesse cenário de elevado valor para emprego da inseminação artificial, com poucos serviços públicos de saúde que aplicam a técnica e ausente a cobertura dos gastos pelos seguros privados de saúde, verificou-se, no Brasil, a busca por alternativas à efetivação da reprodução assistida, estando entre elas, a inseminação artificial de forma caseira, um procedimento realizado fora dos serviços de saúde, pelo qual se insere o material seminal no útero, através da utilização de uma seringa ou cateter, portanto, sem contato sexual<sup>75</sup>.

No referido procedimento, o material genético utilizado não provém de um banco de espermatozoides, não havendo controle de serviço de saúde ou qualquer fiscalização, realizando-se, ainda, sem assistência de um profissional da área da saúde<sup>76</sup>, muito embora tanto o material genético, quanto o procedimento, possam ser provenientes e realizados por pessoas que componham o contexto social daquele que intenciona gerar filhos. Conforme aponta a investigação da British Broadcasting Corporation (BBC), o principal meio de contato entre doador e receptor de material genético se dá por meio das redes sociais como o Facebook, "grupos e páginas sobre o assunto vêm crescendo nos últimos meses. Há grupos com mais de 5 mil integrantes"<sup>77</sup>, ambiente onde se transige acerca dos termos e condições para a doação do material a ser utilizado e posterior realização do procedimento<sup>78</sup>.

Lara Pinto Tibúrcio indica, à exemplo, que entre as regras está a ajuda de custo para viagens, hospedagem e demais despesas com o procedimento caseiro, o qual por vezes é

<sup>75</sup> Conforme explica Ana Claudia Budal Arins: "a realidade de maior parte da população brasileira torna inacessíveis as técnicas de reprodução assistida disponíveis no mercado; consequentemente, o acesso aos materiais disponíveis nos bancos de esperma. É nesse cenário que surgem as chamadas 'inseminações caseiras'. Nesse tipo de inseminação artificial, o procedimento acontece, basicamente, com a inserção do material seminal do homem na mulher sem o contato sexual, o que acontece com a utilização de uma seringa ou cateter" (2018, p. 22).

<sup>76</sup> Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados. Anvisa. 04/07/2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados>>, acesso em 04 jan 2026.

<sup>77</sup> Os Brasileiros que doam para inseminações caseiras. Vinícius Lemos. Publicado em 29/11/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em 04 jan 2026.

<sup>78</sup> "Esse é o único contato que os dois mantêm durante o procedimento. Em seguida, ela introduz o líquido na vagina por meio de uma seringa - prática considerada insegura por uma especialista ouvida pela BBC Brasil -, levanta as pernas e permanece em posição ginecológica por aproximadamente 30 minutos. Cerca de duas semanas depois, faz o primeiro exame para descobrir se conseguiu engravidar" (BBC, 2017).

realizado na casa da pessoa que vai doar o material genético. Ainda, parece ser regra majoritária a realização de exames acerca de doenças sexualmente transmissíveis<sup>79</sup>.

Segundo Arins, ainda que a prática seja desaconselhada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), considerando os riscos de contaminação por doenças infectocontagiosas e infecções advindas de fungos e bactérias pela ausência de instrumentos e ambientes devidamente esterilizados, inexiste uma proibição quanto a sua ocorrência, não incidindo ilegalidade, tampouco havendo regulamentação própria<sup>80</sup>. Trata-se, portanto, de uma lacuna jurídica que se demonstra maior que aquela já existente em relação à reprodução humana assistida em centros credenciados, onde "a autonomia da vontade das pessoas que se submetem a tal técnica há de ser considerada"<sup>81</sup>.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, teria o condão de amparar legalmente o procedimento, que ao menos, afastaria a injuridicidade da reprodução humana assistida caseira, no entanto, o parágrafo único do seu artigo 1º exclui essa possibilidade ao dispor que "para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo". No mesmo sentido, o contrato de doação<sup>82</sup>, disposto no art. 538 do Código Civil de 2002, não inclui a doação de partes do corpo humano, não sendo possível, dessa forma, escorar-se nessa base legal.

A Lei de Biossegurança, nº 11.105 de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismo de fiscalização das atividades envolvendo organismos geneticamente modificados, apesar de fazer menção à inseminação artificial, limita-se a dispor acerca da utilização de células-tronco embrionárias excedentes da fertilização in vitro (Art. 5º da Lei nº 11.105 de 2005).

<sup>79</sup> "O procedimento para a ocorrência da inseminação caseira começa na Internet, especificamente nas redes sociais, em grupos que se destinam a tal prática, no qual doadores expõem suas características físicas e relatam como fazem tal ato, pois o procedimento varia de doador para doador. Alguns doadores pedem que a interessada vá de encontro ao mesmo, já outros são pagos para ir até aquela. Outros pontos também variam como no que diz respeito ao pagamento do doador visto que alguns exigem pagamento para a doação, outros solicitam uma ajuda de custo e o pagamento das viagens já que estes viajam até a mulher para realizar o procedimento. Importante frisar que a maioria das pessoas interessadas na inseminação pedem exames de doenças sexualmente transmissíveis". (2018, p. 3).

<sup>80</sup> ARINS, Ana Cláudia Budal. Doação de material reprodutivo na reprodução assistida: possíveis aspectos de filiação. Dissertação (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, PR, 2018, p. 22

<sup>81</sup> *Ibid.* p.23.

<sup>82</sup> Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Código Civil 2002.

Assim, o que tem se observado é uma autorregulação dessa técnica entre os envolvidos no procedimento, principalmente através de redes sociais, pelo qual os administradores de grupos da rede Facebook, que oportunizam espaços de oferta de doação de material genético, disponibilizam normas privadas para tal, incluindo a gratuidade obrigatória da doação, a vedação de contato sexual, o afastamento do doador em relação à família receptora e, quando possível, o anonimato do doador<sup>83</sup>. Distante do cenário jurídico ideal, uma vez reconhecida a lacuna jurídica sobre o tema, as normas convencionadas entre doador e receptor não somente estabeleceram uma regulamentação privada para a inseminação artificial caseira, como possibilitaram a expansão do procedimento, verificando-se casos em que só uma pessoa chegou a realizar 150 doações, de acordo com pesquisa da BBC<sup>84</sup>.

#### **4.3 Entraves ao reconhecimento de filiação dos advindos pelo procedimento caseiro.**

Ainda que possível e não ilegal, verifica-se que da ausência de previsão normativa específica acerca da inseminação artificial caseira, desdobram-se efeitos materiais e jurídicos de várias ordens, especialmente em matéria de reconhecimento de filiação dos filhos advindos desse método reprodutivo quando realizado por pessoas que não se encontram em um relacionamento heterossexual.

Considerando que a reprodução humana assistida, quando realizada de forma caseira, foge às normas éticas estabelecidas pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, uma vez que não é realizada em clínica ou centro de RHA, restam ausentes o registro formal do procedimento e o documento técnico envolvendo todos os aspectos biológicos, jurídicos e éticos, incluindo o próprio termo de consentimento livre dos envolvidos.

Dessa forma, ainda que da reprodução humana assistida caseira advenha prole, o reconhecimento de sua filiação - com exceção dos casos de monoparentalidade e de heterossexuais em conjugalidade - resta prejudicado para a pessoa não-gestante, tendo em vista a inexistência do documento imprescindível de apresentação em cartório para registro do nascituro, em conformidade com o art. 17º, inciso II, do Provimento nº 63/2017. Assim, o registro de filiação dos filhos advindos da técnica demanda, necessariamente, pela

<sup>83</sup> Inseminação artificial caseira: os riscos da ideia, que se espalha cada vez mais em grupos de internet. Aline Dini. Publicado em: 31/07/2018. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html>>. Acesso em 06 fev 2021

<sup>84</sup> LEMOS, 2017, loc.cit.

judicialização da questão, visando ao reconhecimento socioafetivo daquele que não fez parte da gestação do nascituro<sup>85</sup>.

Diante desse cenário, encontramo-nos frente a uma questão de saúde pública, que assim já era compreendida quando da instituição de uma política nacional de acesso gratuito à reprodução humana assistida (Portaria nº 426/2005 do Ministério da Saúde), e notadamente de um desafio aos juristas, doutrinadores e legisladores, que se deparam com o problema também já apresentado por Guilherme Calmon Nogueira Gama, qual seja, o modo e o locus jurídico de regulamentação da reprodução humana assistida. Se a inseminação artificial há tempos está sendo discutida, a fim de melhor adequá-la em nosso ordenamento jurídico, o uso dessa técnica de forma caseira aponta para complexidades outras que agora deverão ser percebidas ao se tratar da regulamentação do procedimento, mas que, para além disso, indicam a necessidade de ampliar a temática para outros horizontes que não somente uma discussão legislativa e regulamentatória, devendo serem refletidas também na ordem das políticas públicas e dos seus significados políticosociais.

Portanto, distante de uma conclusão, a presente exposição sobre o tema pretende uma continuidade às reflexões sobre os caminhos que o nosso ordenamento jurídico poderá seguir em relação a inseminação artificial, incluindo os debates doutrinários e jurisprudenciais, destacando-se a necessidade de que a discussão não fique limitada à regulamentação legislativa da matéria, mas que se proponha a integrar um mecanismo efetivo de planejamento familiar, acessível e em diálogo com os princípios norteadores de nossa Constituição.

E, muito embora essa pesquisa se projetasse no sentido de realizar essa observação jurisprudencial, a ausência de um número suficiente de julgados públicos sobre o tema obsta a consolidação de um entendimento sobre a ratio decidendi dos precedentes, seja pela contemporaneidade da questão, seja pela compreensão que o reconhecimento de filiação trata dos casos previstos no art. 189, II, do Código de Processo Civil, os quais se encontram ressalvados da necessária publicidade prevista no art. 37º da Constituição Federal de 1988.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

<sup>85</sup> Para Mariana Chaves, presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, "a decisão mostra 'como a justiça brasileira tenta responder as causas que lhe batam à porta, mesmo que sejam absolutamente novas e inusitadas'" (2018, online), mas que a inseminação artificial caseira, ao fugir das normas do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça, evidencia uma brecha jurídica carente de observação: "na autoinseminação não há participação de qualquer médico, técnico ou profissional de saúde. Essa é uma lacuna da regulamentação existente" (2018, online).

A idealização de gerar filhos biologicamente e concretizar seu planejamento familiar há muito virou tema da ciência, a qual desenvolveu tecnologias capazes de expandir essa realidade para além dos casais heterossexuais férteis. Inférteis, casais homoafetivos, monoparentais, em coparentalidade, todos esses acompanharam a chegada de novos procedimentos de reprodução, entre eles, a reprodução humana assistida.

Em um país com mais de seis milhões de pessoas que não conseguem reproduzir, onde a união homoafetiva vai conquistando espaço de aceite, e as entidades familiares vão adquirindo novos formatos, ao mesmo tempo em que a técnica de reprodução humana assistida se aperfeiçoa, temos acompanhado um crescimento exponencial de adeptos à inseminação artificial, alcançando mais de 36 mil procedimentos realizados só no ano de 2017.

Se a reprodução humana assistida é uma evidente e crescente realidade, ao direito foi incumbida a tarefa de acompanhar as evoluções das técnicas reprodutivas, conduzindo estas à luz da bioética e dos direitos humanos, e forjando um diálogo entre as transformações dos direitos das famílias com as novas demandas produzidas pelas mudanças sociais, científicas e culturais da contemporaneidade. Trata-se de um constante processo de alterações no ordenamento jurídico, o qual vai consolidando um terreno jurídico propício para que a inseminação artificial seja regulamentada. O julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificam e apontam para essas modificações, apresentando uma nova racionalização do conceito de família pelo ordenamento jurídico, o qual tem priorizado a edificação de entidades familiares múltiplas e diversas, configuradas com a finalidade de satisfazer, individualmente, cada componente da família, em um regime de afetividade, solidariedade e igualdade.

Com a abertura de novos horizontes no direito das famílias e tentando acompanhar as demandas advindas com a inseminação artificial, apresentam-se a Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina, disposta sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e o Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, visando a regular o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por meio da técnica. Ambas disposições normativas garantem a ocorrência regulamentada da reprodução humana assistida e o registro de filhos advindos desse procedimento, não obstante inexista legislação específica para qualquer dos casos.

Por outro lado, o alto custo do procedimento, associado à insuficiência estatal em ampliar e democratizar o acesso ao serviço de reprodução humana assistida e à ausência de cobertura das despesas do procedimento pelos planos de saúde privados, uma alternativa economicamente mais vantajosa se popularizou: a realização da reprodução humana assistida de forma caseira. Esta, não sendo recomendada, nem proibida, e

tampouco regulamentada, encontrou adesão de uma parcela da população, tornando-se evidente realidade nas formas de concepção de filhos.

No entanto, a alternativa caseira se realiza em descompasso com a Resolução nº 2.168/2017 e, portanto, não reúne as condições necessárias para que o registro de filiação seja realizado diretamente em cartório, em conformidade com o Provimento nº 63/2017, do CNJ. Assim, o poder judiciário brasileiro tem recebido demandas para que seja reconhecido o estado de filiação em relação aos filhos advindos por meio da reprodução assistida caseira, especialmente nos casos de parentalidade homoafetiva.

Em novembro de 2020, de acordo com a comunicação oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi reconhecida a dupla maternidade de mulheres que tiveram que optar pela inseminação artificial caseira, tendo em vista a ausência de recursos para custear o procedimento. Mesmo ausentes os requisitos do Provimento nº 63/2017, "o magistrado afirmou que as autoras comprovaram que o projeto da maternidade era conjunto e que se prepararam para concretizá-lo. Portanto, não seria lícito negar o reconhecimento jurídico da situação demonstrada no processo apenas por ser fruto de um método diferente daquele previsto"<sup>86</sup>. Em sua fundamentação, o Juiz da Vara de Família do interior do Paraná apontou para necessidade de serem reconhecidos todos os arranjos familiares, priorizando a proteção à família.

O referido julgado, não publicizado, demonstra alguns caminhos que a inseminação artificial caseira poderá seguir enquanto o procedimento não for devidamente regulamentado, destacando a proteção à família como um bem jurídico preponderante sobre às normativas técnicas e burocracias exigidas pelo Provimento do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, faz-se necessário encarar essa realidade como provisória e em constante disputa, haja vista as movimentações de resistência aos avanços no âmbito dos direitos familiares, sejam esses legislativos ou judiciais, sendo imprescindível vincular o progresso no âmbito dos direitos fundamentais ao princípio da vedação do retrocesso social, visando garantir que o poder de reforma das normas não signifique um recuo às garantias conquistadas, especialmente por grupos politicamente vulnerabilizados<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Dupla maternidade: Justiça estadual determina que criança gerada após inseminação artificial caseira seja registrada em nome de duas mães. Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Publicado em 23/11/2020. Disponível em: < [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1lKI/content/id/43952646](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/id/43952646) >. Acesso em 10 jan 2026.

<sup>87</sup> Conforme aduz Ana Carla Harmatiuk Matos (2019, p. 145), a hermenêutica constitucional, no que concerne a progressão de direitos, deve realizar-se acompanhada de uma cláusula implícita de proibição de retrocesso, a qual pode ser identificada tanto pela exegese dos princípios de segurança jurídica, máxima eficácia e efetividades das normas, e da dignidade da pessoa humana, quanto pelas cláusulas pétreas que circundam o poder de reforma das normas. Ainda, entender a proibição ao retrocesso implica observar a vinculação ao

Ademais, a ocorrência de uma técnica de forma caseira reflete, entre outras conjecturas, a ineficiência estatal em garantir acesso à saúde pública em sua integralidade, em acordo com seus princípios constitucionais e na promoção do direito ao planejamento familiar. Se a intenção é apreender juridicamente, a existência desse procedimento não deve passar pelo crivo moral, mas pela reflexão sobre as dificuldades materiais de toda ordem na realização da reprodução em clínicas especializadas e quais percursos o ordenamento jurídico deverá traçar a fim de dar resposta à inseminação artificial caseira.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio**. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. 04/07/2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados>>, acesso em 04 jan 2026.

ARINS, Ana Cláudia Budal. **Doação de material reprodutivo na reprodução assistida: possíveis aspectos de filiação**. Dissertação (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, PR, 2018.

BORRILLO, Daniel. SNEFFER, Fernando (Org.); RIOS, Roger Raupp (Org.). **Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer**. Porto Alegre: Ed. da UFCSPA, 2018.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1981). Constituição Da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1981.

---

dever de progresso, entendendo decisões promotoras de direitos fundamentais para além de seus limites processuais formais, não somente pelos comandos das decisões, mas no exame da ratio decidendi das formulações jurídicas, as quais devem apresentar suas justificativas e valores projetados sobre o tema analisado, reproduzindo esses entendimentos em outros temas correlatos e no desenvolvimento de políticas múltiplas de sustentação dessas decisões.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BUTLER, Judith. **O parentesco é sempre tido como heterossexual?**. Cad. Pagu, 2003, n.21, p. 251-252.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Revista Entre Aspas, Salvador, 2013.

\_\_\_\_\_. **Princípio da afetividade no direito de família**. Revista Entre Aspas (UNICORP). v.7, 2020, p. 138-153.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e 33 procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Provimento nº 52, de 14 de março de 2016.

COSTA, Pedro Alexandre. Homoparentalidade - **Que famílias, que experiências?** Intervenção em psicologia clínica e da saúde: modelos e práticas, Lisboa, 1<sup>a</sup> Ed, p. 115-128, setembro, 2012.

DELGADO, M. J. C. **O desejo de ter um filho...as vivências do casal infértil**. 2007. 213 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação em Saúde) - Universidade Aberta. Lisboa, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11<sup>a</sup> ed. 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Nupcialidade, fecundidade e migração.

LOBATO, Jesús Miguel Goméz. **O Código bicentenário.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n.26, p. 19-23, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Revista de informação legislativa, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil - Volume 1 - Parte Geral.** 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. In: ENCONTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM/DF, 2º, 2004, Brasília. Revista. Brasília, Distrito Federal: Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, 2004. p. 47-56.

LUNA, Naara Lúcia de Albuquerque. **Natureza humana criada em laboratório: biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas.** História, Ciências, Saúde - Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, 2005. p. 395-417.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FISHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução Humana Assistida e Parceria Homoafetiva.** Pensar (UNIFOR), v. 17, 2012, p. 9-32. 34

\_\_\_\_\_. Direito das Famílias e Proibição de Retrocesso Social. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Tratado de Direito das Famílias.** 3ed.Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, v. 1, p. 137-154.

MELLO, Ivana Suely Paiva Bezerra de; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Percepção de homens e mulheres acerca de quem entrega um filho para adoção. **Psicologia Ciência e Profissão**, v. 21, n. 3, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2012.

\_\_\_\_\_. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do **Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REGINO, Fabiane Alves. **O desejo de ter filhos e a construção de gênero nas políticas de saúde: análise da política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida**. Tese (Doutorado Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2016.

STRATHERN, Marilyn. **Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies**. Manchester: Manchester University Press, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Fernando Silva. **Os Segredos da adoção e o imperativo da matriz bioparental**. Revista Estudos Feministas (UFSC. Impresso), v. 18, 2010, p. 241-261.

TIBÚRCIO, Lara Pinto. **O Direito das Famílias e a inseminação artificial caseira**. Anais do XIV Encontro de Iniciação Científica da UNI7. V. 8 n. 1. Online, dezembro de 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança**. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, v. 36, 2019, p. 9-43.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica**. Âmbito Jurídico, v. 90, 2011, p. 1-20.

## A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À TERRA: DESAFIOS DA REGULARIZAÇÃO DE TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS.

**KÁTIA CHAVES GALLIETA:** Promotora de Justiça do Ministério Público do Tocantins, graduada do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás

<sup>88</sup>

**RESUMO:** O direito à terra dos remanescentes de quilombo é indubitavelmente um direito fundamental em toda sua amplitude, sem embargo a sua concretização periga a sucumbir face a negligência do poder judiciário, que se omite diante de demandas pertinentes e consequentemente abandona a possibilidade de deliberar conflitos agrários envolvendo comunidades quilombolas e proprietários particulares, fato este que resulta na colisão de direitos fundamentais. Defronte a essa problemática, o artigo em tela designou o fito de apresentar uma análise hermenêutica acerca do reconhecimento territorial das comunidades quilombolas sob o prisma dos direitos fundamentais. Para a execução de tal finalidade fez-se necessário um levantamento bibliográfico que possibilitou identificar as lacunas existentes na garantia dos direitos étnicos das comunidades negras rurais. No mesmo sentido, a abordagem do tema proposto utilizou-se em um primeiro momento o método dedutivo, que possibilitou a subsunção da lei aos casos concretos e na segunda parte do trabalho empregou-se o método problemático, visto que parte-se de um problema concreto a ser resolvido através da análise das normas. Em síntese, o estudo procurou destacar o significado da terra para as comunidades quilombolas e a importância de garantir a posse dessa terra, sendo o mesmo de grande estima para a conjuntura acadêmica, tendo também imensas implicações no contexto jurídico atual.

**Palavras-Chave:** Direito à terra; Direitos Fundamentais; Comunidades Quilombolas; Colisão de Direitos.

**ABSTRACT:** The right to land of quilombo remnants is undoubtedly a fundamental right in all its scope, however its concretization is likely to succumb to the neglect of the judiciary, which is omitted from pertinent demands and, consequently, relinquishes the possibility of deliberating agrarian conflicts involving quilombo communities and private owners, a fact that results in the collision of fundamental rights. Faced with this problem, the article on the screen aimed to present a hermeneutical analysis about the territorial recognition of quilombola communities under the prism of fundamental rights. In order to carry out this purpose, a bibliographic survey was necessary to identify the existing gaps in the guarantee of the ethnic rights of rural black communities. In the same sense, the approach of the proposed theme was used in the first moment the deductive method that made possible

<sup>88</sup>E-mail: katiagallieta@mpto.mp.br.

the subsumption of the law to the concrete cases and in the second part of the work the problematic method was used, since it starts from a problem to be solved through the analysis of standards. In summary, the study sought to highlight the meaning of the land for the quilombola communities and the importance of guaranteeing the possession of this land, being the same one of great esteem for the academic conjuncture, also having immense implications in the current legal context.

**Keywords:** Right to land; Fundamental rights; Quilombola Communities; Collision of Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Em face do intenso processo de desigualdade fomentado ao longo do cenário histórico brasileiro muitos setores, especialmente grupos minoritários como os quilombolas, têm sofrido com profunda exclusão social e violação dos direitos. Apesar de todo tempo transcorrido desde a Constituição Federal de 1988, ainda é notório a insegurança jurídica no tocante a concretização de direitos fundamentais, como a terra, das comunidades negras rurais.

O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que é reconhecida a propriedade definitiva das terras aos remanescentes de quilombos. Tendo em ótica esse dispositivo vislumbrar-se um óbice na exegese do mesmo, culminando no embate entre os interesses privados de terceiros e as demandas dos quilombolas. Acentuando-se a problemática enfrentada por esse grupo para o reconhecimento dos seus territórios.

À vista disso, é preciso refletir qual o instrumento adequado para viabilização da norma supracitada de modo que as partes em litígio sejam ambas contempladas com uma solução otimizada. Baseado no critério da ponderação, e no princípio da proporcionalidade buscou-se apresentar uma solução para tal colisão. E é em torno deste pressuposto, que a problemática do trabalho em tela está concentrada e fundamentada.

O artigo tem como objetivo geral Apresentar uma análise hermenêutica acerca do reconhecimento territorial das comunidades quilombolas sob o prisma dos direitos fundamentais. Possui três objetivos específicos, são eles: Vislumbrar o direito fundamental a terra como meio de perpetuar e preservar a cultura; Inferir o processo de regularização fundiária do territórios quilombolas alicerçado no direito fundamental; Conjecturar o amparo constitucional como instrumento para dirimir colisões de direitos fundamentais.

O desenvolvimento de tal proposta ocorreu com base em um levantamento bibliográfico que possibilitou identificar as lacunas existentes na garantia dos direitos

étnicos dos remanescentes de quilombos. Em consonância com o modelo metodológico estabelecido por Bittar(2010) foram utilizadas fontes imediatas como artigos, livros, leis, Decretos.

Para abordagem do tema proposto utilizou-se em um primeiro momento o método dedutivo, que possibilitou a subsunção do caso concreto à norma legal. Na segunda parte do trabalho empregou-se o método problemático, visto que parte-se de um problema concreto a ser resolvido através da análise das normas, inferindo-se uma interpretação constitucionalista pós-positivista, compromissada com a prevalência dos direitos fundamentais.

## 2 BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE OS POVOS QUILOMBOLAS

Os quilombos surgiram inicialmente como instrumento de resistência dos negros ao escravismo colonial. A utilização da fuga era o mecanismo para que esses indivíduos libertassem sua força de trabalho extremamente expropriada em face do desejo desumano por lucro dos proprietários de terras. (FIABANI, 2012).

Com a ampliação das discussões acerca da temática em questão passou a vigorar nos debates atuais um novo conceito de quilombo, este com ênfase na identidade e território. (SCHMITT; TURATTI; CARVALHO, 2002).

Na contemporaneidade as comunidades negrais rurais podem ser entendidas como grupos étnicos, formados predominantemente por negros, que se auto definem pela sua relação com o território, este sendo estabelecido como local de sobrevivência, bem como símbolo de identidade, reprodução espiritual e cultural.

A perspectiva referenciada consagrou-se na Constituição de 1988, depois de muitas lutas do movimento negro. Segundo Castro (2013), a temática quilombola apareceu na Constituição em dois dispositivos, quais sejam estes: o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias(ADCT), garantindo a posse definitiva aos remanescentes de quilombos que estejam ocupando suas terras, e no artigo 216, parágrafo 5º, da Constituição, que aborda o tombamento de documentos e sítios possuidores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Pode-se citar também referente a matéria em questão o artigo 215 da Constituição Federal, este possibilitou a positivação da proteção pelo poder estatal das manifestações culturais indígenas e dos afro descendentes. Reconhece-se a grande relevância desses dispositivos constitucionais para essas comunidades negras, contudo

Ainda que o processo constituinte brasileiro tenha sido um marco político fundamental para o atendimento das reivindicações das comunidades quilombolas do Brasil – especialmente porque o artigo

68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 inaugurou o reconhecimento do direito dessas comunidades às terras que ocupam – a realização das promessas constitucionais e o processo de demarcação territorial ainda carecem de efetivação. (VIEIRA; TROTTA, CARLET, 2017, p.558).

É no Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que a regulamentação do direito quilombola vai ser tratado de forma mais abrangente e concreta. Ele por sua vez, extinguiu a exigência temporal de permanência no território exigida pelo Decreto 3.912 editado em 2001, que delimitava o marco temporal para estabelecimento das comunidades como remanescentes de quilombos, era preciso que essas datassem de 1888 até 5 de outubro de 1988, demarcação feita a partir de uma visão bastante difundida no período colonial, mencionada na Convenção Ultramarina de 1740.

De acordo com a referida Resolução de 2003, tendo como base a deliberação de auto definição que ocorreu na Convenção 169 da OIT para povos tribais e indígenas, os quilombolas são entendidos como: “[...]Os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.” (art. 2º. Decreto 4.887/2003).

Igualmente é estabelecido no Decreto a requisição da desapropriação das terras por particulares, bem como a concessão de título coletivo para a propriedade, impedindo a impenhorabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade. Percebe-se o amparo legislativo sobre o reconhecimento territorial dos agrupamentos quilombolas, titulação essencialmente ligada aos direitos fundamentais.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: A APLICAÇÃO DA TESE DA FUNDAMENTALIDADE DE CAMERINI**

Entende-se que os direitos fundamentais são direitos constitucionais com uma eficácia superior dentro do ordenamento constitucional. Possuindo aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), como afirma José Afonso da Silva (2006), e são protegidos como cláusulas pétreas. (Art. 60, § 4º).

Eles são assegurados na Constituição Federal no seu Título II. Segundo José Afonso da Silva (2006), pode-se classificar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição em cinco grupos, a saber: direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos.

Os direitos dos povos tradicionais não estão contidos de forma expressa em tais artigos, mas a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Carta Magna estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nota-se que o rol de direitos definidos no Título II do texto constitucional é exemplificativo, pois se mostra suscetível a aberturas normativas e interpretativas.

Nesse sentido, pode-se explanar a tese da <sup>89</sup>fundamentalidade do direito às terras quilombolas. Essa proposição aborda a respeito do reconhecimento territorial das comunidades negras rurais a ser entendido como direito fundamental. Segundo Shiraishi Neto (2004, p. 159): “o avanço na compreensão em torno da aplicação do artigo 68 do ADCT decorre de que esse direito é compreendido como sendo direito fundamental”.

Percebe-se o aumento das discussões acerca desse tema no contexto brasileiro, sendo imprescindível, visto que contribui para evitar decisões incongruentes ou sem fundamentação por parte do judiciário. (CAMERINI, 2012).

No entendimento de Sarmento (2008), é notório o direito fundamental presente na concessão de títulos para as terras quilombolas, visto que está intrinsecamente ligada ao conceito de dignidade da pessoa humana. Ao se estabelecer o reconhecimento dessas áreas como define o art.68 do ADCT institui-se a garantia do direito à moradia (art.6º, CF/88), constituindo o pilar do mínimo existencial.

Vale destacar também a essencialidade do procedimento de reconhecimento fundiário para manutenção da identidade étnica das comunidades negras rurais. É nas suas relações com a terra que os indivíduos irão perpetuar suas culturas, valores religiosos, morais. Caracterizando-se da mesma forma como um direito fundamental cultural assegurado no art.215, da Constituição Federal/1988. (SARMENTO,2008).

Depreende-se que o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias evidencia norma estabelecida de direito fundamental. (SARMENTO,2008) Deste modo, ocorrerá a prevalência da aplicação imediata, como está exposto no art. 5º, § 1º, do texto Magno, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Com isso, seus efeitos não dependeriam de lei regulamentar conforme a classificação de José Afonso da Silva (2007).

Nesse passo, cabe citar o posicionamento de Sarmento (2008, p.10), ao afirmar que “a inércia do legislador não tem o condão de frustrar a possibilidade de fruição imediata do

<sup>89</sup> Conceito explanado no trabalho de João Carlos Bemerguy Camerini (2012). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Defensor Público do Estado do Amazonas.

direito fundamental pelo seu titular". O Estabelecimento desse direito étnico como fundamental é de suma importância, visto que é tão atacado pela lógica do sistema moderno.

#### **4 ENTRAVES NO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS**

É importante frisar que mesmo com todos os avanços que ocorreram no cenário das comunidades quilombolas a partir da Constituição Federal de 1988, instaurando o reconhecimento das suas terras, a maior problemática enfrentada por esse grupo na atualidade ainda situa-se no processo para titulação do território, visto que enfrenta a morosidade nos procedimentos e pressões contrárias por parte de alguns setores, como os grandes latifundiários.

Segundo Vieira, Trotta, Carlet (2017), essa situação é caracterizada pela prevalência de entendimentos no plano do formalismo jurídico e também na facticidade; que por ação ou omissão dificultam o exercício dos direitos desse grupo. Predomina uma constante divergência de interesses que na maior parte das vezes leva o judiciário a uma diversidade de pareceres, não contemplando o direito dos povos tradicionais.

Compreende-se que a regularização dos territórios destes agrupamentos é instrumento essencial para garantia da igualdade material presente nos ditames constitucionais. Todavia, os grandes proprietários de terras têm ajuizado inúmeras ações administrativas para impedir que o processo de titularização se efetive, semelhantemente o próprio executivo, legislativo e judiciário tem criado entraves para garantia desse direito. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

Uma das oposições mais emblemáticas acerca do processo de reconhecimento do território das comunidades negras rurais foi a do partido Democratas (DEM), antigo partido da Frente Liberal, com a impetração da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.239/20045 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo era estatuir a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003, pois segundo a organização política as matérias estabelecidas na deliberação deveriam ser tratadas por lei e não por Decreto presidencial, como foi o caso. Alegavam também que o critério de auto atribuição foi introduzido de forma equivocada, pois o texto legal realizou uma interpretação extensiva errônea dos setores quilombolas e da noção de território. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

O posicionamento supramencionado representa uma visão "dicionarizada" dos remanescentes de quilombos. Segundo essa perspectiva, os "remanescentes das comunidades dos quilombos, na verdade, não podem ser senão o que sobrevive dessas

comunidades." (Petição Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil –CNA. ADI 3.239/2004, STF, p.2). Constata-se em tal colocação um entendimento limitado sobre o que verdadeiramente seriam os quilombos. (FIGUEIREDO, 2008). Desta forma,

A pressuposição de inconstitucionalidade do decreto nº 4.887/03, ao alegarem que ele estaria contrariando a legalidade, mostra-nos como o campo jurídico está baseado na supremacia da formação ocidental. Assim, a noção de que o direito se faz a partir de uma ordem superior, no caso, o Estado, que lhe traduz em uma lei positivada é a expressão de um dado modelo histórico, mas não compõe todas as formações histórico-culturais e sociais na definição do que seja o direito. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

No sentido oposto do referenciado acima, Figueiredo (2008), aborda a existência de uma visão "ressemantizada" das comunidades remanescentes de quilombos. Como exemplificação coerente dessa interpretação, pode-se citar a petição do outrora Presidente da República, em defesa do Decreto 4.887/2003. De acordo com ele os quilombolas são determinados por uma

Identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitua [sic] territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender os desígnios e objetivos evidentes da Constituição (Petição do Presidente da República. ADI 3.239/2003, STF: 21).

Assim, os grupos que compartilham essa visão pró-quilombolas, declaram a incongruência dos argumentos defendidos por aqueles que querem alegar a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003. Compreendem que o exposto no artigo 68 no ADCT determina o direito fundamental dos quilombolas, possuindo uma auto aplicação, ou seja, não necessitando de lei complementar como defendido por alguns setores. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

Como assegura o alemão Häberle (1997), no que se refere ao campo da teoria Constitucional, tal atividade hermenêutica, como a que ocorre no análise da ação direta de inconstitucionalidade não deve realizar-se tendo como base um sistema hermético, mas sim deve estar em consonância com as necessidades da sociedade, que se estabelece cada vez mais como plural e aberta

Em síntese, das fissuras no processo de reconhecimento dos territórios dos quilombos é interessante ressaltar o pensamento Baldi (2014). Diante de todas essas contradições e ameaças, o autor afirma que vive-se um *apartheid epistêmico*, pois retira-

se do campo jurídico discussões acerca do conceito de propriedade diferente da utilizada pela sociedade capitalista atual. Com efeito,

Pensar como o direito ocidental vem ressignificando o conceito de território quilombola, portanto, nos auxilia na compreensão do processo de *apartheid epistêmico* dentro das instituições do sistema judicial e como o direito ao território quilombola vem sendo contemplado pelo poder judiciário brasileiro. (VIEIRA; TROTTA, CARLET, 2017, p.559).

Destarte, no cenário da luta pela regularização das terras dos povos quilombolas, fomentado a partir do autorreconhecimento, estabelece-se a disputa, mesmo que não pronunciada, por uma concepção de direito para além do paradigma ocidental, definido no campo jurídico pela noção de universalidade, unicidade, lei, autoridade legítima e uso legítimo da força (coerção). Embate acentuado juridicamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.239. (VIEIRA; TROTTA; CARLET, 2017).

## **5 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE QUILOMBOLA:**

O direito à propriedade está no rol dos direitos fundamentais, estando o mesmo intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, tal como é o direito das comunidades quilombolas à terra. A dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2001, p. 60).

Nesse diapasão, a dignidade humana circunscreve a necessária proteção às manifestações culturais próprias de cada grupo social. A salvaguarda dessas manifestações socioculturais somente se torna exequível se dispor de instrumento adequado para tal, isto é, a terra, no que tange as comunidades de remanescentes quilombolas.

Para comunidades supramencionadas, a terra dispõe de significado completamente diferente do que ela apresenta para a cultura ocidental hegemônica, não se trata apenas da moradia que pode ser alienada sem nenhum remorso, mas sim do elo

que mantém a união da comunidade e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações.

Com o desprovimento da terra, a comunidade tradicional quilombola tende a se dispersar e a desaparecer. Destarte, não é apenas a terra que se perde, uma vez que, a identidade coletiva também periga sucumbir e é nessa conjuntura que surge disciplinado na Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade, que foi elevado a hierarquia de direito fundamental, sendo como disposto em lei cumprido quando:

**Art. 186.**A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

**I-** aproveitamento racional e adequado;

**II-** utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

**III-** observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

**IV-** exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Insta salientar que, a função social da propriedade quilombola não se baseia na produção econômica, mas sim na preservação das comunidades diante da sua organização sociocultural. Contudo para que a propriedade quilombola cumpra sua função é necessário primeiramente garantir aos remanescentes de quilombo, o direito à própria propriedade.

O direito supracitado somente é garantido pelo Estado ante a emissão dos respectivos títulos da propriedade às comunidades, facilitando para as mesmas comprovar o seu direito de permanecer na terra que ocupam quando além de nela manterem sua posse, também tiverem o título. A emissão dos títulos é imprescindível face a crise dos direitos fundamentais, na qual a efetividade dos mesmos é comprometida diante de uma conjuntura de grande exclusão social

O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes quilombolas, responsabiliza o Estado a emitir os respectivos títulos. O mesmo artigo pauta-se em dois prismas primordiais, como o direito à moradia que é o mínimo existencial, e o direito à cultura, posto que, a terra permite a preservação da identidade e modo de viver.

À vista disso, Daniel Sarmento (2006), afirma que o artigo que enseja a propriedade definitiva aos quilombolas, também alude ao entendimento de que mesmo que o proprietário privado de terra, situada em território de remanescentes de quilombo, tenha situação regularizada em lei e fomente a produção econômica, ele violará o direito à terra dos quilombolas. Logo depreende-se que apreender a terra das comunidades tradicionais não é apenas uma violação ao direito de moradia, é também uma violação à função social da propriedade quilombola que visa antes de tudo preservar e perpetuar a tradição cultural desse grupo étnico, é cometer um etnocídio.

## **6 DIREITO À PROPRIEDADE DOS PARTICULARES E O DIREITO À TERRA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS.**

Constante é a afirmação de que direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que concorrem frequentemente com outros direitos fundamentais. A situação em tela se manifesta no caso em questão, em que se tem de um lado o direito à propriedade dos particulares e do outro o direito à terra das comunidades quilombolas, desta colisão origina-se a desapropriação das terras particulares a serem tituladas em nome dos remanescentes quilombolas, como previsto pelo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que estabeleceu em seu art. 13:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos títulos de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada a vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

Como supracitado de um lado, tem-se o direito das comunidades de remanescentes quilombolas às terras, dado que não se trata de um simples direito patrimonial, mas de um direito ligado diretamente à existência da comunidade tradicional, de um direito ligado à preservação do nosso patrimônio histórico-antropológico.

Do outro lado da balança figura o direito da propriedade das pessoas ou entidades privadas em cujos nomes, as terras ocupadas estão registradas. É indubitável que a propriedade privada também é um direito fundamental, como disposto no art.5º, XXII da Constituição Federal. O que se propõe quando observada essa colisão é a ponderação pautada no princípio da proporcionalidade.

A conclusão que se obtém, baseada na proposta acima, é de que na escala de valores da Constituição, o direito à terra dos quilombolas tem, a priori, um peso superior ao direito de propriedade privada de pessoas ou entidades particulares, em cujos nomes

estejam registradas as terras. Dada a ponderação, resta a solução proporcional que seria conciliar o interesse público com o direito de propriedade particular, o interesse público presente no caso é de elevadíssima importância, trata-se da tutela da dignidade humana de um grupo étnico vulnerável. Assim, sob perspectiva constitucional, o interesse público presente em tela é de suma estima.

Deve-se, portanto, por um lado rechaçar a possibilidade de os proprietários particulares reivindicarem as terras ocupadas por remanescentes de quilombos, reconhecendo-se, contudo o direito dos adquirentes de boa-fé presumida, o recebimento de indenização do Estado, pela privação do uso destas terras.

E por outra ótica, deve-se reconhecer o direito das comunidades tradicionais quilombolas de ocuparem o seu território étnico, nessa situação a ocupação não constitui ato ilícito, sendo antes tutelada constitucionalmente. Dada a exposição sucinta, abordar-se-á no deslinde do artigo decisões judiciais cingindo conflitos pelo reconhecimento da territorialidade quilombola.

## 6.1 TERRAS DA COMUNIDADE DE SANTANA

A primeira decisão judicial tange a Comunidade de Santana, localizada no município de Quatis na região sul do Rio de Janeiro, que durante a expansão da fronteira agrícola no século XX foi comprimida numa pequena extensão de terras no entorno da Igreja de Santana, devido a apropriação de fazendeiros das terras pertencentes à comunidade, e consequentemente a expulsão dos remanescentes de quilombo.

Com o processo de reconhecimento dos direitos de quilombos disciplinados na Constituição Federal de 1988, a Comunidade de Santana ganhou forças para lutar pela titulação de suas terras, sendo que no final do século XX, a referida comunidade recebe o certificado de remanescentes de quilombo expedido pela Fundação Cultural Palmares e com ele o título de propriedade de 828,12 hectares.

No entanto, como existiam doze títulos de propriedade registrados no cartório de Quatis, em nome de fazendeiros e pessoas jurídicas da região, o título de reconhecimento de domínio concedido pela Fundação Cultural Palmares foi questionado judicialmente.

No decorrer de bastante tempo a comunidade reivindicou a titulação de seu território, nesse período novas ações judiciais foram propostas pelos fazendeiros e empresas rurais da região contra o reconhecimento do direito territorial da comunidade, mais especificamente nos anos de 2008 e 2009, onde os mesmos entram com duas ações judiciais contra a AQUILERJ, o INCRA e FCP, visando suspender o processo administrativo de titulação da comunidade.

Nos referidos processos, os autores alegavam a nulidade do processo administrativo, defendendo a propriedade das terras e a inexistência de uma comunidade quilombola no local. Os autores, utilizando o conceito restritivo de quilombo, alegavam que na localidade nunca teria existido um quilombo como Palmares, ou seja, com foco de resistência negra.

Dessa forma, para os autores da ação o autorreconhecimento da comunidade como quilombola seria uma atitude típica de "falsidade ideológica". Ambas ações foram extintas, o juiz federal Resende entendeu pela legalidade e legitimidade do processo administrativo da comunidade junto ao INCRA. E como resultado ao final do processo administrativo, o INCRA ajuizou doze ações de desapropriação contra fazendeiros e pessoas físicas e jurídicas, que possuíam títulos de propriedade referentes ao território quilombola, sendo pago as partes mencionadas a devida indenização.

## 6.2 TERRAS DA COMUNIDADE INVERNADA PAIOL DE TELHA.

A segunda decisão judicial concerne às terras da comunidade Invernada Paiol de Telha, que durante o ano de 1970 imigrantes alemães fundaram no local uma grande produtora de commodities (Cooperativa Agrária Agroindustrial Entre Rios), expulsando assim cerca de trezentas famílias que ali se encontravam na época.

No início de 1990, as mesmas famílias iniciaram um processo organizativo com o fito de reaver as terras. No ano de 2006, o Estado nacional certificou a comunidade em tela como remanescente de quilombos, o que deu legitimidade ao INCRA de iniciar o procedimento administrativo de titulação de terra.

No ano subsequente, 2007, a Cooperativa Agrária deu início a uma demanda judicial visando interpelar a procedência do processo de titulação das terras, o juiz deferiu o pedido da Cooperativa, sem que o INCRA ou mesmo a comunidade interessada fossem ouvidos, ordenou a suspensão dos trabalhos do processo de titulação, em resposta o INCRA contestou a decisão do magistrado por meio do recurso de Agravo de Instrumento. A comunidade Invernada Paiol e Telha, com o objetivo de potencializar as condições necessárias para êxito da titulação, também ingressou na demanda na qualidade de "terceiro interessado".

Dentre os principais argumentos apresentados em defesa dos quilombolas da respectiva comunidade, o INCRA sustentou que: a) o art. 68 da ADCT tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando de complementação normativa; b) o art. 68 da ADCT representa um resgate da dívida histórica da sociedade brasileira com os remanescentes de quilombos e c) a propriedade definitiva às comunidades quilombolas

pode ser feita por desapropriação e não somente por usucapião extraordinário, como alegado pela Cooperativa (PRIOSTE, 2010).

No ano de 2008, a decisão de segunda instância foi favorável ao recurso movido pelo INCRA, anulando a decisão de primeira instância e retomando ao procedimento administrativo de titulação de terras. Cabe ainda fazer menção ao argumento da decisão quanto à identidade quilombola estar intimamente associada aos vínculos que possui com seu território. Proteger a posse e garantir a titulação coletiva desses territórios, ainda segundo a decisão, é respeitar a supremacia de direitos humanos fundamentais (sobrevivência, reprodução cultural e social das comunidades quilombolas) sobre os direitos patrimoniais (expansão econômica e empresarial).

Afirma-se que com base nas decisões acima esplanadas, é notório que a dignidade humana é o epicentro axiológico da nossa Constituição Cidadã e que qualquer ato que representar uma ameaça a esse elemento norteador, como é o caso da expropriação dos quilombolas de territórios que por motivos históricos, culturais e antropológicos pertencem a eles, será considerado ato de violação da dignidade humana.

## **CONCLUSÃO**

Tendo em ótica tudo o que foi explanado, torna-se inegável a afirmação de que o direito dos quilombolas às terras que historicamente pertencem a eles, é um direito fundamental intrínseco à dignidade humana. Destarte, é imprescindível a atuação do Estado em fomentar meios que garantem a eficácia desse direito, como a atribuição do título, visto que na escala de valores constitucionais o mencionado direito tem peso superior ao direito de propriedade privada e a falta de uma tutela jurídica incrementa ainda mais a crise da função social da propriedade quilombola.

Além disso é fundamental trazer à baila que o direito à propriedade pelos remanescentes de quilombo, não é absoluto devendo ser realizada a ponderação com outros direitos por meio da hermenêutica jurídica, a fim de alcançar decisão proporcional e adequada ao caso concreto, tendo em vista sempre o direito fundamental à moradia, à cultura, à identidade e a preservação de uma tradição étnica. Por conseguinte, na medida em que não se garante o direito à propriedade quilombola, nega-se a possibilidade de discriminações positivas que visam igualar os desiguais.

Outra problemática vista, diz respeito ao amparo constitucional ao direito supradito, que apesar de existir, percebe-se que tal direito não se encontra plenamente efetuado. Diante deste cenário, o cerne do estudo em tela buscou demonstrar quais fatores contribuem para essa ineficácia, como a morosidade e o descaso do judiciário em atender demandas pertinentes das comunidades quilombolas.

Em suma, deve-se considerar sempre diante de uma disputa agrária envolvendo quilombolas a dúvida histórica que a nação contraiu ao negligenciar esses grupos étnicos de forma covarde e ardil, outrossim os mesmos representam nosso patrimônio histórico, cultural e antropológico e para que permaneçam vivos, para que suas manifestações culturais permaneçam vivas, é necessário garantir antes de tudo, a terra.

## REFERÊNCIAS

BALDI, César Augusto. Comunidades negras e novo constitucionalismo: pluralismo jurídico, territorialidade e buen vivir. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 26-50.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.132/62, de 10 de setembro de 1962. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm) Acesso em 23 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto Nº 4.887, de 20 de Novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF,2003. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm).Acesso em: out. 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa Jurídica**: teoria e prática da monográfica para os cursos de Direito. 8.ed.São Paulo: Saraiva,2010, p. 284.

CAMERINI, João Carlos Bemerguy. Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência dos direitos étnicos (ADIN 3.239-9). **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 157-182, 2012.

CARLET, Flávia, TROTTA, Mariana,VIEIRA, Fernanda. Sob o rufar dos ng'oma: O judiciário em disputa pelos quilombolas. In: **Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, 2017 36p. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n1/2179-8966-rdp-8-1-0556.pdf> Acesso em: 23 de outubro de 2018.

CASTRO, Marcela Baudel de. A natureza jurídica da propriedade Quilombola. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, jun. 2013. Disponível em:  
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44136&seo=1>. Acesso em: 16 maio. 2018.

FIABANI, Adelmir. **Mato, Palhoça e Pilão:** O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004). 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012. 424 p.

FIGUEIREDO, André Luiz Videira. **O Caminho Quilombola:** interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos. Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese de Doutorado em Sociologia, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, 1997.

RODRIGUES, Júlia Botelho. A função social da propriedade quilombola. In: **Revista Uniceub**. Brasília, 2013. 54p. Disponível em:  
<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5186/1/RA20813104.pdf> Acesso em: 26 de outubro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo. Para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Disponível em:  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod\\_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingó-sarlet.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingó-sarlet.pdf) Acesso em: 25 de outubro de 2018.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de Quilombos antes da desapropriação. Parecer do Ministério Público. Rio de Janeiro, 2006, p. 15. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/pareceres/Dr\\_Daniel\\_Sarmento.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/pareceres/Dr_Daniel_Sarmento.pdf) Acesso em: 25 de outubro 2018.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, n.10, p.129-136. 2002. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: nov.2018.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **O Direito das Minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?** Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** ADI nº 3.239/DF. Voto do Ministro Relator Cezar Peluso. Disponível em:  
<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459ADI3239\\_Voto.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459ADI3239_Voto.pdf)> . Acesso em : out.2018.

## **“COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS” E SELETIVIDADE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES A PARTIR DO PL Nº 2162/2023**

**MARIA LUIZA MARTINS SILVEIRA:**

Advogada, assessora na Defensoria Pública da União em Curitiba. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).<sup>90</sup>

**RESUMO:** o presente artigo busca analisar, de forma crítica, o Projeto de Lei nº 2162/2023, conhecido como “PL da Dosimetria”, à luz do desenho constitucional da separação de poderes, da resposta penal aos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023 e do princípio da cculpabilidade. Parte-se da compreensão de que o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, deve operar como instrumento excepcional e limitado, submetido a critérios estritos de racionalidade, proporcionalidade e proteção de direitos fundamentais. Nesse contexto, examina-se a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, na repressão a ataques ao Estado Democrático de Direito, bem como a reação legislativa materializada pelo PL da Dosimetria, que promove significativa flexibilização da resposta penal para os crimes contra as instituições democráticas. Sustenta-se que essa iniciativa legislativa não representa um avanço garantista, mas sim uma reconfiguração seletiva do poder punitivo, caracterizada pela mitigação penal em favor de determinados agentes. A partir da teoria da cculpabilidade e de sua distorção contemporânea – denominada “cculpabilidade às avessas” –, demonstra-se que o projeto reforça um Direito Penal seletivo e simbólico, comprometendo a coerência do sistema penal e a proteção da democracia constitucional.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Separação de Poderes; Estado Democrático de Direito; Cculpabilidade; Cculpabilidade às avessas; PL da Dosimetria.

### **1. INTRODUÇÃO**

O Direito Penal ocupa posição singular no interior do Estado Democrático de Direito, na medida em que concentra a forma mais intensa de intervenção estatal sobre a liberdade individual. Por essa razão, sua legitimidade encontra-se condicionada ao respeito estrito aos limites constitucionais, à racionalidade do poder punitivo e à observância de garantias materiais e formais que operam como barreiras contra o arbítrio. A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar um projeto democrático comprometido com a dignidade da

<sup>90</sup> E-mail: [malumsilveira2202@gmail.com](mailto:malumsilveira2202@gmail.com)

pessoa humana e com a contenção do autoritarismo histórico brasileiro, impôs ao sistema penal uma lógica de excepcionalidade, subsidiariedade e proporcionalidade, incompatível com expansões punitivas orientadas por impulsos conjunturais ou interesses políticos imediatos.

Não obstante esse desenho constitucional, a experiência brasileira recente revela um movimento persistente de hipertrofia do Direito Penal, caracterizado pela produção legislativa excessiva, pela ampliação contínua de tipos penais e pelo recrudescimento das sanções. Esse fenômeno, amplamente descrito pela criminologia crítica como inflação legislativa penal e direito penal simbólico, evidencia a instrumentalização do sistema punitivo como mecanismo de gestão de conflitos sociais e de resposta performática a crises políticas, em detrimento de uma política criminal orientada pela efetiva proteção de bens jurídicos e pela redução das desigualdades estruturais. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de operar como *ultima ratio* e passa a desempenhar função central na retórica de controle social.

A tensão entre esse modelo expansivo e os limites constitucionais manifesta-se de forma particularmente aguda na relação entre os Poderes da República. A separação de poderes, concebida como mecanismo de contenção recíproca e preservação da supremacia constitucional, passa a ser tensionada quando o Poder Legislativo adota posturas punitivistas incompatíveis com os princípios do garantismo penal, deslocando para o Poder Judiciário a tarefa reiterada de contenção do excesso. Tal dinâmica produz um cenário paradoxal: ao mesmo tempo em que o Judiciário é chamado a exercer sua função contramajoritária para invalidar leis penais desproporcionais, passa a ser acusado de ativismo e de usurpação da competência legislativa.

Esse conflito institucional ganhou contornos inéditos a partir da resposta estatal aos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023. A atuação penal rigorosa do Supremo Tribunal Federal, voltada à responsabilização de condutas que atentaram contra o Estado Democrático de Direito, reacendeu debates sobre os limites da jurisdição constitucional, a legitimidade democrática das decisões judiciais e o papel do Direito Penal na defesa da ordem constitucional. Paralelamente, emergiu no Parlamento um discurso de moderação punitiva seletiva, materializado na aprovação do Projeto de Lei nº 2162/2023, conhecido como "PL da Dosimetria", que promove significativa flexibilização das penas e da execução penal justamente para crimes de elevada lesividade institucional.

A aparente inversão de papéis – com um Judiciário exercendo função repressiva intensa e um Legislativo assumindo postura de mitigação punitiva – não pode ser compreendida de forma isolada ou meramente conjuntural. Ao contrário, ela revela uma lógica estrutural do sistema penal brasileiro, marcada pela seletividade, pela assimetria na

proteção de bens jurídicos e pela desigual distribuição da violência punitiva. É nesse cenário que se mostra indispensável recorrer a categorias críticas capazes de iluminar as contradições do discurso penal contemporâneo, dentre as quais se destaca o princípio da culpabilidade, tal como formulado por Eugenio Raúl Zaffaroni.

O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o PL da Dosimetria à luz do princípio da culpabilidade e de sua distorção contemporânea, denominada "culpabilidade às avessas", demonstrando como a iniciativa legislativa reforça um Direito Penal seletivo, simbólico e politicamente orientado. Parte-se da hipótese de que a flexibilização das penas para crimes contra o Estado Democrático de Direito não representa um avanço garantista, mas sim uma reconfiguração estratégica do poder punitivo em favor de agentes politicamente situados, em frontal contraste com o rigor historicamente dirigido às classes socialmente vulnerabilizadas. Para tanto, o trabalho articula a análise do desenho constitucional da separação de poderes, da resposta penal aos atos de 8 de janeiro e da teoria crítica da culpabilidade, evidenciando os riscos dessa dinâmica para a democracia constitucional.

## **2. O DESENHO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES: LIMITES E TENSÕES RELACIONADAS À PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL**

A estrutura política do Estado brasileiro, consolidada pela Constituição Federal de 1988, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/88), definindo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como órgãos independentes e harmônicos entre si. Esse modelo tripartite não visa apenas à repartição funcional de competências estatais, mas sobretudo à contenção do exercício arbitrário do poder por meio de mecanismos institucionais de controle recíproco, consubstanciados no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). No contexto da produção legislativa penal, esse desenho institucional assume papel central, uma vez que a criação de tipos penais e a combinação de sanções afetam diretamente direitos fundamentais, exigindo uma conformação estrita do poder punitivo aos limites constitucionais e às garantias próprias de um Estado Democrático de Direito, no qual o Direito Penal se legitima apenas como instrumento excepcional, racional e juridicamente controlado, conforme os pressupostos do garantismo penal.

O sistema de freios e contrapesos opera, em linhas gerais, por meio de dois conjuntos de mecanismos. De um lado, os chamados freios institucionais, que permitem a neutralização ou suspensão de atos praticados por outro Poder, como ocorre com o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. De outro, os contrapesos, que autorizam a participação de um Poder em decisões tipicamente atribuídas a outro, a exemplo da iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República e aos Tribunais Superiores em matérias específicas, bem como da competência do Senado Federal para processar e julgar determinadas autoridades. Esses mecanismos não anulam

a independência funcional dos Poderes, mas buscam assegurar uma relação de controle mútuo capaz de preservar a supremacia da Constituição.

No que se refere à produção legislativa penal, o Poder Legislativo exerce função típica e exclusiva ao criar crimes e estabelecer penas, observando o princípio da reserva legal ou da legalidade estrita, pilar estruturante do Direito Penal moderno. Essa atribuição, contudo, não se esgota na edição formal de leis, exigindo conformidade material com o conjunto de garantias constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado. Assim, além de princípios expressamente previstos na Constituição, como a humanidade das penas e a pessoalidade da responsabilidade penal (art. 5º, XLV e XLVII, CF/88), impõe-se ao legislador o respeito a princípios implícitos, tais como a intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal. A inobservância desses parâmetros tem contribuído para o fenômeno da inflação legislativa penal, frequentemente associado à adoção de um direito penal de caráter simbólico, voltado mais à resposta imediata a demandas sociais e midiáticas do que à efetiva proteção de bens jurídicos relevantes.

O Poder Executivo, por sua vez, atua como instância de contenção da atividade legislativa penal, sobretudo por meio do exercício do voto, que pode ser fundamentado tanto em razões de inconstitucionalidade quanto em critérios de conveniência e interesse público. Embora essa prerrogativa represente um importante mecanismo de freio institucional, sua eficácia prática é limitada, seja pela possibilidade de derrubada do voto pelo Congresso Nacional, seja pela própria dinâmica política que, não raramente, incentiva a sanção de leis penais de forte apelo popular, ainda que juridicamente problemáticas.

É, contudo, no âmbito do Poder Judiciário que se intensificam as tensões decorrentes do desenho institucional da separação de poderes em matéria penal. Compete ao Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuando como guardião da Constituição e assegurando a supremacia dos direitos fundamentais frente a eventuais excessos do legislador. Essa função, de natureza eminentemente contramajoritária, autoriza o Tribunal a invalidar escolhas legislativas mesmo quando estas decorrem de processos regulares, sempre que violem normas constitucionais. No entendimento de Luís Roberto Barroso (2018):

"Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos Federalist Papers por Alexander Hamilton, teve como primeiro

marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.<sup>93</sup> Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”<sup>94</sup>. A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.”

Nesse contexto, a literatura constitucional contemporânea tem dedicado especial atenção à dimensão contramajoritária do Poder Judiciário, destacando os conflitos inerentes à sua legitimidade democrática e aos limites de sua atuação frente às escolhas políticas realizadas pelos órgãos representativos. De um lado, aponta-se o risco de uma expansão excessiva da jurisdição constitucional, capaz de deslocar decisões sensíveis do espaço deliberativo democrático para instâncias judiciais menos permeáveis à participação popular. De outro, reconhece-se que a contenção judicial de maiorias ocasionais constitui elemento indispensável à proteção de direitos fundamentais e à preservação da supremacia constitucional, especialmente em contextos nos quais o processo legislativo revela-se suscetível a pressões conjunturais que atentam contra os direitos das minorias.

No campo penal, entretanto, esses dilemas assumem contornos ainda mais agudos. A atuação contramajoritária do Judiciário mostra-se não apenas legítima, mas necessária para conter impulsos punitivistas e populistas que frequentemente orientam a produção legislativa penal. Ao declarar a inconstitucionalidade de tipos penais desproporcionais,

penas excessivas ou leis que violam garantias fundamentais, o Judiciário exerce função essencial de contenção do poder punitivo estatal. Todavia, essa intervenção reiterada em matérias sensíveis tende a acirrar conflitos institucionais, alimentando discursos de ativismo judicial e de usurpação da competência legislativa.

Desse modo, embora a função contramajoritária do Poder Judiciário constitua elemento indispensável à preservação do Estado Democrático de Direito, sua intensificação em matéria penal revela as fragilidades do próprio processo legislativo, marcado pela expansão simbólica do Direito Penal e pela dificuldade de internalizar limites constitucionais à criminalização. O resultado é um ambiente de tensão permanente entre os Poderes, no qual a harmonia constitucional cede espaço a um desequilíbrio funcional, agravado pelo uso recorrente do Direito Penal como instrumento de resposta política imediata. Essa dinâmica evidencia que a crise da separação de poderes, no âmbito penal, não decorre apenas da atuação judicial, mas sobretudo da incapacidade do legislador de exercer, de forma responsável e constitucionalmente comprometida, o poder de punir.

### **3. O JULGAMENTO DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO E A PL 2162/2023**

No dia 8 de janeiro de 2023, a sociedade brasileira testemunhou a invasão e a depredação das sedes dos Três Poderes da República, em Brasília, episódio que extrapolou em muito a dimensão de um ataque ao patrimônio público material. Para além dos danos físicos a edifícios históricos e bens tombados, os atos representaram uma agressão direta à confiança pública na democracia constitucional e na legitimidade das instituições que a sustentam. A ocupação violenta do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal visou desacreditar o funcionamento regular dos Poderes constitucionalmente constituídos, minando a autoridade do Judiciário como guardião da Constituição e do Executivo enquanto expressão da soberania popular manifestada pelo voto. Tratou-se de um ataque ao patrimônio democrático imaterial, isto é, à crença compartilhada na estabilidade das regras do jogo democrático, sem a qual a própria ideia de Estado de Direito se fragiliza.

As investigações conduzidas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e processadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dividiram os envolvidos em núcleos, distinguindo entre autores intelectuais/instigadores e executores materiais. Os principais tipos penais imputados foram o art. 359-L e 359-M do Código Penal, que se referem aos crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito e Golpe de Estado, caracterizados, respectivamente, pelo impedimento ou restrição do exercício dos poderes constitucionais mediante violência ou grave ameaça e pela tentativa de depor o governo legitimamente constituído; o art. 288, parágrafo único do Código Penal, referente ao delito

de associação criminosa armada e os tipos penais relacionados aos danos e deteriorações a bens públicos tombados.

O STF adotou o entendimento de que tais condutas configuram crimes multitudinários (de multidão ou autoria coletiva). Nessa categoria, o vínculo intersubjetivo é amplificado pela imitação ou sugestão, permitindo que todos os agentes respondam pelos resultados lesivos, sendo dispensável a individualização exaustiva de cada ato físico (como quem quebrou cada vidro) no momento da denúncia. Além disso, a Corte assentou a posição no sentido da possibilidade de concurso material entre os crimes de abolição violenta do Estado (art. 359-L, CP) e golpe de Estado (art. 359-M), por possuírem desígnios autônomos.

Sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, foram autuadas mais de 1.700 ações penais. Até dezembro de 2025, o STF já havia condenado 810 pessoas. As penas para os executores materiais chegaram a 17 anos de prisão, além de indenizações milionárias por danos morais coletivos. Por outro lado, para os incitadores presos nos acampamentos, as penas foram majoritariamente de um ano de prisão, substituídas por restritivas de direitos, como prestação de serviços à comunidade e cursos sobre democracia.

A resposta institucional aos atos de 8 de janeiro aprofundou tensões já latentes entre os Poderes da República, especialmente entre o Judiciário e o Legislativo. O Supremo Tribunal Federal adotou uma atuação penal rigorosa, compreendendo que a gravidade dos ataques ao Estado Democrático de Direito exigia uma resposta capaz de reafirmar limites normativos claros à violência política e à ruptura institucional. Essa postura punitiva, embora juridicamente sustentada pela centralidade dos bens jurídicos afetados, passou a ser enquadrada por setores do Parlamento como expressão de excessos repressivos e de ativismo judicial, alimentando um discurso político que desloca o foco da gravidade dos crimes para a severidade das penas. Nesse cenário, a jurisdição constitucional deixa de ser percebida apenas como instância de contenção do arbítrio legislativo e passa a figurar, no debate público, como ator central de uma disputa política travada por meio do Direito Penal.

É nesse contexto de fricção institucional que se insere a aprovação do PL 2162/2023, denominado “PL da Dosimetria”, que altera significativamente os critérios de aplicação e execução das penas para crimes contra o Estado Democrático de Direito. O projeto promove, entre outros efeitos, a substituição do concurso material pelo concurso formal quando os delitos forem praticados no mesmo contexto fático; a previsão de redução de pena de um a dois terços para condutas praticadas em contexto de multidão, desde que ausente liderança ou financiamento; a facilitação da progressão de regime com o cumprimento de apenas um sexto da pena para réus primários e a ampliação de hipóteses de remição mesmo em regime domiciliar.

Sob o discurso da “pacificação” - já conhecido da Lei de Anistia aos militares do golpe de 1964 -, o Legislativo assume, de forma paradoxal, o papel de agente moderador do poder punitivo, enquanto o Judiciário se associa a uma resposta penal severa. Tal inversão de papéis revela uma dinâmica preocupante: o mesmo Parlamento que historicamente opera sob a lógica do punitivismo, da criação de novos tipos penais e do recrudescimento das sanções penais passa a flexibilizar penas justamente em relação a crimes de elevada lesividade institucional, produzindo efeitos que se aproximam de uma anistia por via indireta e reconfigurando, politicamente, o sentido jurídico e simbólico da responsabilização por ataques à própria democracia

#### **4.O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE, A “COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS” E SUA RELAÇÃO COM UM DIREITO PENAL SELETIVO, EXPANSIVO E SIMBÓLICO**

O cenário delineado nos tópicos anteriores – marcado pela expansão simbólica do Direito Penal, pela atuação contramajoritária do Judiciário e pela reação legislativa consubstanciada no PL da Dosimetria – fornece o pano de fundo normativo e político adequado para a introdução do princípio da coculpabilidade como categoria crítica de análise. Em sua formulação clássica, a coculpabilidade surge como limite material ao poder punitivo estatal, orientando tanto a aplicação judicial do Direito Penal a partir do reconhecimento de que a responsabilidade penal não pode ser compreendida de forma isolada do contexto social, econômico e institucional no qual o indivíduo está inserido. Conforme a doutrina (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 610-611):

“Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.”

Trata-se, portanto, de um princípio que dialoga diretamente com a noção de Estado Democrático de Direito e com a exigência de racionalidade e proporcionalidade em todas as fases da criminalização, desde a primária, com a criação das leis penais, passando pela secundária, com a atuação das agências de controle, até a criminalização terciária, na execução da pena, especialmente em sociedades marcadas por desigualdades estruturais profundas.

Na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, a teoria da cocalpabilidade constitui uma crítica frontal ao modelo tradicional de culpabilidade individual abstrata, típico do Direito Penal liberal clássico, que ignora as condições concretas de vida dos sujeitos criminalizados. Para o autor, o Estado que falha sistematicamente em assegurar direitos sociais básicos — como educação, saúde, trabalho e moradia — não pode reivindicar, com igual intensidade, o direito de punir aqueles que foram socialmente marginalizados por essa mesma estrutura de exclusão. A cocalpabilidade, nesse sentido, não elimina a responsabilidade penal do agente, mas impõe sua relativização, ao reconhecer que a liberdade de autodeterminação encontra-se materialmente limitada por condições sociais adversas. O juízo de reprovação penal, portanto, deve ser compartilhado entre o autor do fato e a própria organização social que contribuiu para sua vulnerabilização, sob pena de se converter em instrumento de seletividade e violência institucional.

Essa perspectiva tem sido parcialmente acolhida pela jurisprudência brasileira, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça, que admite, ainda que de forma tímida e casuística, a consideração da cocalpabilidade como fundamento para a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal. Tal movimento representa um avanço relevante no sentido de aproximar a dogmática penal da realidade social, permitindo que o juízo de culpabilidade ganhe maior densidade concreta e abandone a ficção da igualdade material entre sujeitos que vivem em contextos radicalmente desiguais. Ainda assim, trata-se de uma incorporação limitada, que convive com um sistema penal estruturalmente orientado à punição preferencial dos mesmos corpos e territórios historicamente vulnerabilizados.

Nessa perspectiva, a cocalpabilidade, enquanto princípio que reconhece que todo indivíduo age dentro de um determinado contexto social e a partir de um âmbito de autodeterminação materialmente condicionado, não deve incidir apenas no momento da aplicação judicial da pena, mas também orientar a própria criminalização primária, isto é, a atividade legislativa de criação de tipos penais e de cominação de sanções.

A desconsideração desse parâmetro na produção normativa contribui decisivamente para a consolidação de um Direito Penal seletivo, que tende a criminalizar com maior rigor condutas associadas às práticas de sobrevivência e às dinâmicas sociais das classes economicamente vulneráveis, ao mesmo tempo em que relativiza ou subdimensiona a tutela penal de bens jurídicos cuja violação é mais frequentemente protagonizada por agentes dotados de capital econômico, político ou simbólico.

Esse descompasso é perceptível no próprio desenho do Código Penal brasileiro e da legislação penal esparsa, que atribuem, por exemplo, a mesma pena máxima a delitos de natureza patrimonial, como o furto qualificado, e a crimes de altíssima lesividade institucional, como a abolição violenta do Estado Democrático de Direito. Tal equiparação normativa evidencia a ausência de uma reflexão séria, no plano legislativo, acerca da

desigual distribuição das oportunidades sociais e do impacto diferenciado que a intervenção penal produz sobre grupos sociais distintos, revelando um uso do Direito Penal que ignora a cocalpabilidade como critério de racionalidade e proporcionalidade e reforça, ao invés de conter, as desigualdades estruturais que atravessam o sistema punitivo. Nesse sentido, salientam-se os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos (2004, p. 19):

"A linha principal de uma política criminal alternativa se basearia na diferenciação da criminalidade pela posição social do autor: ações criminosas das classes subalternas, como os crimes patrimoniais, por exemplo, expressariam contradições das relações de produção e distribuição, como respostas individuais inadequadas de sujeitos em condições sociais adversas; ações criminosas das classes superiores, como criminalidade econômica, dos detentores do poder, ou crime organizado, exprimiriam a relação de acumulação do capital. Essa diferenciação fundamentaria orientações divergentes: por um lado, redução do sistema punitivo mediante despenalização da criminalidade comum e substituição de sanções penais por controles sociais não estigmatizantes; por outro lado, ampliação do sistema punitivo para proteger interesses individuais e comunitários em áreas de saúde, ecologia e segurança do trabalho, revigorando a repressão da criminalidade econômica, do poder político e do crime organizado."

É justamente a partir desse cenário que se torna possível identificar, no contexto do PL da Dosimetria, um fenômeno inverso e profundamente problemático, que pode ser denominado de "cocalpabilidade às avessas". De acordo com a doutrina, essa categoria evidencia uma atuação estatal marcada pela tolerância seletiva e pela mitigação da resposta penal quando se está diante de ilícitos praticados por agentes inseridos em posições privilegiadas da estrutura econômica, social ou política, revelando um padrão de complacência institucional que contrasta com o rigor historicamente dirigido às condutas associadas às classes subalternizadas. Dessa forma, Moura (2006, p. 130-131) ensina:

"[...] a co-culpabilidade às avessas pode se manifestar na legislação sob três formas: a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos crimes de colarinho branco, ou, em geral, àqueles crimes praticados por pessoas inseridas socialmente, como os crimes contra o sistema financeiro, crimes tributários, dentre outros; c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal."

Assim, diferentemente da cocalpabilidade formulada por Zaffaroni — voltada à mitigação do poder punitivo em relação a sujeitos marginalizados e socialmente vulneráveis —, a iniciativa legislativa em exame opera uma redistribuição simbólica da responsabilidade penal em favor de agentes que, longe de se encontrarem em situação de exclusão estrutural, atentaram contra bens jurídicos de máxima relevância constitucional, como a democracia, a soberania popular e o regular funcionamento das instituições republicanas. O Estado, que se mostrou historicamente negligente com as condições de vida das maiorias subalternizadas, passa a assumir uma postura indulgente justamente em relação a crimes praticados por grupos politicamente mobilizados e dotados de capacidade de pressão institucional.

Nesse sentido, a flexibilização das penas para crimes contra o Estado Democrático de Direito não se ancora em critérios de vulnerabilidade social, mas em uma lógica de conveniência política e pacificação narrativa, deslocando o eixo da cocalpabilidade de sua função crítica original. Ao reduzir penas, facilitar a progressão de regime e relativizar o tratamento penal de condutas antidemocráticas sob o argumento do “contexto de multidão”, o legislador promove uma inversão normativa grave: a cocalpabilidade deixa de operar como limite ao punitivismo seletivo e passa a funcionar como instrumento de proteção simbólica de agentes responsáveis por ataques à ordem constitucional. Trata-se, portanto, de uma cocalpabilidade que não emancipa, mas acomoda; que não enfrenta desigualdades estruturais, mas reconfigura politicamente a memória do dano causado.

Essa inversão revela a face mais aguda de um Direito Penal expansivo e simbólico, que recrudesce penas para determinados grupos e condutas enquanto suaviza a resposta penal quando estão em jogo interesses politicamente sensíveis ou conflitos que ameaçam a estabilidade das elites institucionais. O resultado é um sistema penal profundamente assimétrico, no qual a cocalpabilidade deixa de ser expressão de justiça material e passa a integrar uma estratégia de gestão do conflito político-social. Sob essa ótica, o PL da Dosimetria não apenas recalibra penas, mas subverte o sentido crítico da cocalpabilidade, convertendo-a em mecanismo de legitimação de um perdão institucional indireto para crimes que atentaram contra a própria democracia.

## 5. CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo deste artigo evidencia que o PL nº 2162/2023 não pode ser compreendido como simples ajuste técnico dos critérios de dosimetria da pena, mas como expressão de uma lógica estrutural do sistema penal brasileiro, marcada por seletividade, assimetria e instrumentalização política do poder punitivo. Ao flexibilizar a resposta penal para crimes contra o Estado Democrático de Direito, o Legislativo opera uma inflexão que contrasta de forma eloquente com sua histórica adesão ao punitivismo rigoroso dirigido a condutas associadas às classes economicamente vulneráveis, revelando uma racionalidade penal profundamente dicotômica e contraditória.

Essa lógica evidencia que os objetivos reais do sistema penal distanciam-se significativamente de suas finalidades declaradas, como ressocialização, reintegração social ou proteção universal de bens jurídicos. Na prática, o Direito Penal continua a funcionar como instrumento de gestão seletiva da exclusão social, concentrando sua violência sobre determinados corpos, territórios e subjetividades, enquanto suaviza sua atuação quando estão em jogo interesses políticos sensíveis ou agentes dotados de capital social e institucional. A mitigação penal promovida pelo PL da Dosimetria, nesse sentido, não rompe com o punitivismo estrutural, mas o redistribui estratégicamente.

À luz da teoria da cocalpabilidade, torna-se evidente que a iniciativa legislativa analisada representa uma distorção profunda da função crítica originalmente atribuída a esse princípio. Em vez de operar como limite material ao poder punitivo em favor de sujeitos socialmente vulnerabilizados, a cocalpabilidade é mobilizada de forma invertida, legitimando uma indulgência institucional direcionada a agentes que atentaram contra bens jurídicos centrais da ordem constitucional. Trata-se, portanto, de uma cocalpabilidade às avessas, que não enfrenta desigualdades estruturais, mas contribui para sua reprodução.

Por fim, conclui-se que a crise da separação de poderes em matéria penal não decorre prioritariamente da atuação contramajoritária do Judiciário, mas da incapacidade recorrente do Legislativo de internalizar os limites constitucionais do poder de punir. Ao instrumentalizar o Direito Penal conforme conveniências políticas momentâneas, o Parlamento fragiliza a coerência do sistema punitivo e compromete a legitimidade democrática da resposta estatal a ataques à própria democracia. O enfrentamento dessa crise exige não a contenção do controle judicial, mas a reconstrução de uma política criminal constitucionalmente comprometida, capaz de romper com o punitivismo seletivo e de reafirmar o Direito Penal como instrumento excepcional, racional e efetivamente democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. In: Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 1, pp.217-266, jan./jun. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4<sup>a</sup>. ed. Coimbra : Libraria Almeida, 1997.

CARVALHO, Salo de. Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). A co- responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2008.

MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. A moderna teoria do fato punível. 3. ed. Curitiba: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. A criminologia radical. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

SODA, Robson Leandro; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Co-culpabilidade às avessas e suas vertentes quanto a seletividade e os delitos contra a ordem econômica, financeira e tributária. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 88-108, jan./jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-195. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2009.

## TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: BREVES ARTICULAÇÕES SOBRE AS POSIÇÕES QUANTO ÀS CONDUTAS SUFICIENTES PARA AFASTAR O EFEITO ESTABILIZADOR

**NATALIA MORETTI SOARES:** Pós-graduada em Direito Processual pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Analista Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 11a Região<sup>91</sup>.

**RESUMO:** A inovação representada pela estabilização da decisão provisória enfrenta, entre outros debates, aquele pertinente à taxatividade ou não do manejo recursal para fins de combate ao efeito estabilizador. O cenário é de reflexão quanto à ética normativa de atenção aos limites semânticos da lei em oposição a interpretações teleológicas que aos poucos transformam o julgador em legislador com direito a reescrever a lei.

**Palavras-chave:** Tutela antecipada em caráter antecedente. Estabilização da tutela. O *caput* do art. 304 do CPC e os limites semânticos da lei.

**ABSTRACT:** The innovation represented by stabilization of the provisional decision faces, among others, the discussion of the appeal exactivity to struggle against the judicial decision stabilize effect. The scenario approach points out, in one hand, the normative ethics to be concerned with semantic limits of legal text, and in the other hand, the teleological style of interpretation which slowly converts the judge into legislator to rewrite the law.

**Keywords:** Trusteeship procedure required in an early antecedent. The stabilization of the provisional decision. The caput of article 304 of CPC and the semantic limit of the legal text.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Tutela em caráter antecedente. 3. Do cabimento até sua estabilização. 4. A taxatividade ou não do manejo recursal contra a estabilização. 5. O giro do posicionamento do STJ. 6. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

A abordagem pretende expor peculiaridades acerca do instituto da tutela de urgência antecipada, não sem antes localizá-lo no CPC de 2015, a fim de que a análise

---

91 E-mail: [natsmoretti@hotmail.com](mailto:natsmoretti@hotmail.com)

cinja-se ao período a partir da última codificação com a inclusão da modalidade em caráter antecedente.

Feita a distinção do instituto enquanto subespécie da subespécie das tutelas provisórias para centrar a análise na tutela antecipada em caráter antecedente, impõe-se o primeiro passo reflexivo quanto à necessidade “*da prestação jurisdicional ganhar aderência ao conflito de interesses que nasce da vida e de suas complexidades e do direito material*”<sup>92</sup>. Isto é, enquanto responsável pela regulação das relações e situações jurídicas, é corriqueiro o contraponto entre a definitividade e a provisoriação que redundam, ao intérprete, na escolha de Sofia<sup>93</sup> e nos limites do processo judicial democrático.

Nessa encruzilhada, visualiza-se também o cenário problemático do risco de dano e prescindibilidade de um longo processo.

Em específico, pretende-se tratar da estabilização da tutela de urgência em caráter antecedente, com originalidade de prescindir de contraditório, dotada de eficácia após o transcurso *in albis* do prazo previsto para o exaurimento da cognição, sem lograr a autoridade de coisa julgada, eis que não exauriente<sup>94</sup>.

A tutela antecipada em caráter antecedente, reduzido nos artigos 303 e 304 do CPC, representa novidade que não poderia escapar das tentações do voluntarismo doutrinário e judicial.

Especialmente no início da leitura jurisprudencial do art. 304 do CPC, constata-se o desprezo pela observância cuidadosa dos contornos da lei no contexto de uso pelo intelecto humano. O intérprete, também no caso dos solitários artigos da tutela antecipada em caráter antecedente, não se sentiu oprimido pela legalidade. *In casu*, o intérprete doutrinário, trajando poderes de mediúnicos para conferir extensão proveitosa à estabilização por meio de qualquer manifestação do requerido que afastasse sua inércia<sup>95</sup>. Os tribunais, por conseguinte, adotaram o endêmico recurso à interpretação teleológica como subterfúgio para transformarem-se em legislador e assim reescreverem a lei. É o que sedimentou o STJ no REsp 1760966/SP de 07/12/2018. As

<sup>92</sup>MACEZO, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 250, 2015, p. 192.

<sup>93</sup>Ibidem, p. 192.

<sup>94</sup>MITIDERO, Daniel. *Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de processo civil.* Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 16-17.

<sup>95</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.* Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216.

fronteiras da regra instituída pelo devido processo legislativo somente vieram a ser restabelecidas pelo mesmo STJ no REsp 1797365/RS de 22/10/2019.

A opção legislativa do art. 304 do CPC, fruto de democrático processo de deliberação política, deveria estar imune aos caprichos de intérpretes insatisfeitos que não dispunham de licença criativa no caso que se põe.

## 2.A TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Fala-se em localizar a modalidade no CPC de 2015 em razão de o código anterior não ter previsão acerca da possibilidade de se ingressar com medida antecipatória antes mesmo da propositura da ação. Concentrada nos artigos 303 e 304 do CPC, a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente vem na esteira de concretizar a efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional, sob um vetor constitucional e democrático<sup>96</sup>. A tempestividade, pode-se dizer, residindo na abertura para ingresso anterior à ação, ao passo que a efetividade emergindo da estabilização da tutela antecipada sob o manto de cognição sumária apta a findar o processo com medida satisfatória em caráter antecedente.

Em confronto ao pedido inicial e ao pedido incidental, a subespécie é atemporal, na medida em que, numa viagem no tempo processual, retrocede a momento anterior ao pedido principal e cria fenômeno de autonomização da cognição sumária sem precedentes em nosso ordenamento<sup>97</sup>.

A solução de controvérsias pelas vias ordinárias, mediante cognição plena e exauriente, tende a necessitar de espaço de tempo alongado que se incompatibiliza com a garantia constitucional de acesso à justiça e à eficiência do sistema de distribuição de justiça. É de se questionar se a estabilização dos efeitos da tutela em caráter antecedente, que tem como consequência imediata a extinção do processo, com a entrega da prestação jurisdicional, é fator de convergência aos ditames instrumentalistas e aos do garantismo processual<sup>98</sup>. Se o processo sem efetividade é ainda mais ideológico que a

---

96MACEDO, Elaine Harzheim. *Op. cit.*, p. 191.

97 A inspiração vem das medidas francesas de autonomização da cognição denominadas *référen provisio ne référe injunction*, assim como da instrumentalidade da tutela cautelar do direito italiano que permite a estabilização e autonomização de tutelas de urgência. Sobre o assunto, vide SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar.2015, rodapé da p. 87.

98 Parece pertinente fazer a oposição de escolas que convergem, ao menos inicialmente, no caso da tutela antecipada em caráter antecedente. De um lado, os instrumentalistas, com argumento de que a jurisdição tem objetivos que se relacionam com os fins do próprio Estado, isto é, os escopos da jurisdição (e, portanto, do sistema processual) são indefiníveis, sendo seu fim último o bem-comum, a permitir manejos

acusação de agir ideológico do juiz instrumentalista, tem-se, com a autonomização e estabilização da tutela antecedente o ponto de contato entre as doutrinas, a merecer análise detida.

### 3. DO CABIMENTO ATÉ SUA ESTABILIZAÇÃO

A sumarização, a um só tempo, da cognição e do procedimento<sup>99</sup>, pela literalidade da lei, é incabível à tutela provisória de evidência, o que significa que apenas na tutela antecipatória abriga-se a prerrogativa de se tornar definitivo aquilo que foi concedido sob a marca da provisoria<sup>100</sup>.

Cumpridos os requisitos do artigo 319 do CPC, passando-se pela demonstração dos elementos que denotam urgência na obtenção da tutela provisória, bem como a indicação da tutela final, há de se manejá-la pretensão de se valer do benefício previsto no *caput* do art. 303 do CPC<sup>101</sup>, que consiste na faculdade de ajuizar petição incompleta,

---

procedimentais que imprimam efetividade em vistas ao processo justo. De outro, os garantistas processuais, que miram sempre a substância constitucional do processo plasmada enquanto garantia contrajurisdicional do cidadão, ou seja, uma instituição de garantia que não pode ser manejada senão pelas vias legislativas. Sobre a instrumentalidade, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 447. Sobre o garantismo processual, vide COSTA, Eduardo José Fonseca. *Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. Ativismo judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

99 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 87.

100 Resta, portanto, excluída sua aplicação às medidas exclusivamente conservativas (cautelares), mesmo em caráter antecedente, e também, como dito, à tutela da evidência, que possuem regramento específico próprio, a primeira com capítulo particular (art. 305 ao 310) e a segunda com título exclusivo (art. 311). Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de processo civil*. Revista do Processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprenta: São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, n. 260, out., 2016, p. 107. É de se fixar ainda que “Apenas a tutela antecipada antecedente é que poderá ser estabilizada. Jamais a tutela antecipada incidente”. Cf. MACEDO, Elaine Harzheim. *ob. cit.*, p. 200.

101 **Art. 303.** *Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.*

**§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:**

*I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;*

*II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;*

*III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.*

**§ 2º** *Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.*

passível de aditamento após a análise do pedido de tutela antecipada e, o que é imprescindível, a estabilização da tutela eventualmente concedida. Assim, se o proponente da ação, na inicial, faz a indicação de sua pretensão de se valer dos benefícios do *caput* do artigo (conforme autoriza o §5º), é de se dizer que está assentindo com a extinção do processo após a concessão da tutela. Daí o ar novidadeiro da possibilidade de estabilização da tutela, mesmo sem que se proceda à emenda da inicial no prazo de 15 dias assinalado no §1º, caso que ocorre se não exercida a via recursal prevista no *caput* do art. 304 do CPC102. Observe-se que a decisão provisória manter-se-á até decisão posterior que a reveja, reforme ou a invalide (art. 304, § 3º), e não faz coisa julgada (§6º).

Pode-se afirmar, portanto, que a estabilização é resultado da relação do art. 303 com o art. 304 do CPC, enquanto vácuo de manifestação do demandado, sendo que, almejando cognição exauriente, podem as partes discutir a estabilidade pela via da ação

---

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

102Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguíu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

autônoma prevista no art. 304, § 2º, CPC, no prazo decadencial de dois anos (art. 304, § 5º, do CPC).

A cognição plena, agora dependente da vontade das partes<sup>103</sup>, pode ser postergada por simples inércia do demandado que opta por solução rápida e efetiva do problema, mesmo que, para tanto, reste sem juízo de certeza a respeito do que se viu decidido provisoriamente<sup>104</sup>. Ainda que momentaneamente, as partes podem se ver satisfeitas em razão de economia processual, bem como por estratégia processual do requerido que, diante de requerente aparentando ter melhor direito, prefere sucumbir com o resguardo de poder fazê-lo *a posteriori* em melhores condições, dando tempo para que ocorram alterações fático-probatórias que lhe favoreçam<sup>105</sup>.

Com aparência de simplicidade, a tutela sumária dos direitos e o processamento tendente à estabilização deságua em águas revoltas, todavia.

#### **4.A TAXATIVIDADE OU NÃO DO MANEJO RECURAL CONTRA A ESTABILIZAÇÃO**

Não é casual o questionamento alhures a respeito da inicial da convergência ou não de visões instrumentalista e garantista no que toca à “*tutela superantecipada*”<sup>106</sup> como ferramenta de acesso à justiça e eficiência. A depender da visão adotada, põe-se em jogo a autonomização e a estabilização da tutela antecedente.

---

103 Fala-se das partes porque nada impede que o requerente queira, de plano, valer-se da estabilização e prosseguir com o feito até o exaurimento da questão, com o aditamento da inicial para que se prossiga até a formação da coisa julgada.

104 DOTTI, Rogéria. Fagundes. *A estabilização da tutela antecipada no CPC de 2015: A autonomia da tutela sumária e a coisa julgada dispensável*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. (org.). Processo em Jornadas - XI Jornadas brasileiras de direito processual / XXV Jornadas Iberoamericanas de direito processual. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, v.1, 2016, p. 906.

105 Ou até mesmo queira evitar o custoso curso processual. No âmbito do direito do consumidor, pode-se vislumbrar que réus fornecedores de serviços ou produtos, cientes de que a questão não fará coisa julgada, o que a exclui da formação de precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC, talvez reflitam melhor sobre a necessidade de opor resistência a determinadas postulações de consumidores, dando-se por satisfeitos com a estabilização, notadamente se o Judiciário tiver a sensibilidade e coerência de lhes conceder a minoração sucumbencial. Sobre o assunto, RANGEL, Rafael Calmon. A estabilização da tutela antecipada antecedente nas demandas de consumo. Revista de Direito do Consumidor. vol. 107. ano 25. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2016, p. 526.

106 Olavo de Oliveira Neto é quem cunha o termo “*tutela superantecipada*” para designar a de caráter antecedente. Vide OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada a tutela superantecipada: breves considerações acerca da petição inicial simplificada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 343.

O contexto antagônico reside especificamente ao *caput* do art. 304 do CPC, em sua parte final: “*não for interposto o respectivo recurso*”. A dicção, clara que é, aponta para o “*remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”<sup>107</sup>. No entanto, ainda que a letra da lei não deixe margens para interpretações quaisquer, há corrente a defender que todo ato de impugnação do requerido se faz suficiente para afastar a estabilização<sup>108</sup>. É que o sentir doutrinário se alinha, não raro, a deveres redentores que conferem ao doutrinador e ao julgador papel iluminista de intérprete de uma razão coletiva difusa e em nada aferível por critérios democráticos.

Ao extrapolar os limites do texto legal, tem-se inescondível desejo de se colocar a fazer política judiciária<sup>109</sup>. As críticas ao modelo do *caput* do art. 304 do CPC parecem, a bem da verdade, não ter preocupação em assumir a tentativa de invasão e colonização do espaço legislativo<sup>110</sup>.

Com isso, surge a posição doutrinária favorável à abertura ao requerido para que apresente petição simples ao juízo, ou mesmo contestação, informando sua oposição à tutela concedida e discordância quanto à estabilização. Bastaria tal manejo para que se fixasse sua pretensão de dar continuidade ao processo com futura prolação de decisão

107 Conceito de recurso segundo BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V. Forense: RJ, 2009, p. 233. Sobre o julgamento do recurso, pondera-se com acerto que sendo tempestiva a insurreição cabível, restará satisfeita o requisito legal para afastar o efeito estabilização, mesmo que posteriormente o tribunal inadmita o agravo. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 91. O autor funda-se no entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida, o que sugere efeito recursal meramente obstativo à estabilização da tutela antecedente.

108 BONNA, A. P.; SEGATTO, T. M. *A estabilização da tutela provisória e a problemática em torno da hipolegislação do Novo Código de Processo Civil*. De Jure, Belo Horizonte, v. 17, n. 17, dez. 2018, p. 344.

109 STRECK, Lenio Luiz. *O Que É Isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

110 Veja-se que a crítica à discricionariedade judicial não é inquisição à atividade interpretativa do judiciário, por quanto ínsito à judicatura o ato de dar sentido pela interpretação, nomeadamente diante das vaguezas e da amplitude das possibilidades de significância das palavras. O problema parece residir na abertura à subjetividade que deságua na interpretação como fruto da vontade do intérprete, o que, na prática, converte juízes em legisladores, reduzindo-se aos conceitos do protagonista (o juiz) a criação do objeto do conhecimento. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Licções de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 90. O autor arremata ainda: “*Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado*”. STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 112.

de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material<sup>111</sup>. Em suma, o questionamento centra-se no fato de que a taxatividade do manejo recursal viria a incentivar o avolumamento de impugnações via agravo (de instrumento e interno), em código que supostamente preza pela redução da recorribilidade direta das decisões interlocutórias<sup>112</sup>.

A posição reflete o espectro ambíguo de se vislumbrar o processo como instrumento de justiça, como ideia de fortalecimento da jurisdição vindo também da doutrina, que propõe escopos que não são lhe atinentes. Daí explicações tecnicamente despreocupadas para a mitigação da taxatividade do manejo recursal<sup>113</sup>. É o voluntarismo, nesse caso doutrinário e judicial, se libertando das amarras da legalidade com argumentos etéreos, como de costume, ainda que se apele para uma leitura dita constitucional. Nessa senda, o entendimento é pela ampliação das possibilidades com escora em resposta jurisdicional para adequar o texto da lei à efetiva tutela dos direitos, uma vez que o direito de defesa, material constitucional, não poderia ser inibido por lei infraconstitucional (o CPC)<sup>114</sup>.

Bem se observa que se trata, sobretudo, de posição desatrelada também do cotidiano forense. É que, de parte a parte, já se impugnam sistematicamente pela via recursal as decisões antecipatórias favoráveis e desfavoráveis<sup>115</sup>. Não haveria, portanto, qualquer aumento de recorribilidade no ambiente de alta carga litigiosa como o brasileiro. Sem contar que, manejado o recurso, pode o relator determinar a suspensão do recurso até que se esgote a fase de aditamento, de citação e de realização da

111 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 452. Sobre o afastamento da estabilização por qualquer forma de impugnação, recursal ou não, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – V. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 674.

112 BONNA, A. P.; SEGATTO, T. M. *Op.cit.*, p. 345.

113 Em um só trecho veem-se argumentos de que “seria mais interessante”, “mais adequado” e “mais sensato” ignorar a ética normativa e fazer a leitura descompromissada do texto legal. Cf. BONNA, A. P.; SEGATTO, T. M. *Op.cit.*, p. 345 e 346.

114 Sobre o assunto, cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Op. cit.*, p. 110. Quanto aos sinais exteriores de resistência ao efeito estabilizador, ventila-se (a) recurso de agravo (de instrumento ou interno) (b) reclamação, (c) mandado de segurança, (d) suspensão de liminar e (e) pedido de reconsideração. Vide COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Da tutela provisória. Art. 300*. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneira da. (orgs.) FREIRE, Alexandre (coord. exec.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 674.

115 Nesse sentido, MACEDO, Elaine Harzheim. *Op. cit.*, p. 202.

audiência preliminar<sup>116</sup>. Logo, restariam atendidos, ao mesmo tempo, os pressupostos para não estabilização da tutela e do direito ao duplo grau de jurisdição.

Há, sobretudo, opção política do legislador, o qual, ao impor o manejo do agravo como forma de evitar o efeito estabilizante, pretendeu desencorajar a irresignação injustificada, mesmo porque o requerido pode não se conformar, mas, por estratégia processual, aguardar para exercer o direito de ação previsto no art. 304, §5º, em momento que lhe seja mais proveitoso do ponto de vista fático-probatório ou então se conformar “desde logo com a medida antecipatória, não pretendendo levar adiante a discussão judicial”<sup>117</sup>.

O que parece grave, como dito, não é a inobservância de questões lógicas no panorama prático-forense do manejo recursal, mas a tomada de uma coisa por outra para fazer política judiciária em atropelo à opção legislativa construída em ambiente de profundas discussões democráticas.

Em resposta à leitura constitucional, tem-se que a *mens legislatoris* passou por ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação e da defesa, bem como do princípio da celeridade, tendo o legislador optado por este último, em apreço à efetividade da tutela jurisdicional, outro direito plasmado na Constituição<sup>118</sup>. Portanto, supera-se com tranquilidade o teste de constitucionalidade.

## 5.O GIRO JURISPRUDENCIAL DO STJ

Na oportunidade primeva que teve de se manifestar a respeito, concluiu o STJ pelo afastamento da estabilização quando, sem interpor agravo, o requerido contestou a pretensão, questionando o deferimento da tutela antecipada:

(...) 4. Na hipótese dos autos, enquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em

---

116 Novamente MACEDO, Elaine Harzheim. *Op. cit.*, p. 202.

117 *Ibidem*. *Op. cit.*, p. 202.

118 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil* – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 569.

*estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença<sup>119</sup>.*

Percebe-se, sem espanto, a Corte Superior modificar o sentido da palavra “recurso”, como se fosse possível cindir o texto e a norma com interpretações que extrapolam seus limites semânticos<sup>120</sup>. Além dos efeitos deletérios já explanados, há de se consignar que, na prática, passa-se a reservar a estabilização a casos de revelia. Não pode ser razoável que o legislador tenha excepcionalizado o instituto da estabilização a ponto de torná-lo ilógico, na medida em que o próprio requerente, ao propor a ação, deixaria de adotar a modalidade de tutela de caráter antecedente, já ciente da improbabilidade do efeito estabilizador.

Ora, se ao requerente somente a hipótese de revelia seria suficiente para disparar a estabilização, evidente que não mais faria sentido, após concedida a tutela e estabilizada pela revelia, o requerente deixar de aditar, já que teria a cognição exauriente com o manto da coisa julgada<sup>121</sup>. De tão insólita, seria algo que lotérico o ajuizamento de tutela antecipatória em caráter antecedente, o que levaria, em última instância, a se ajuizar ação com o pedido de tutela de urgência antecipada do art. 294 do CPC. Tratava-se, pois, do sepultamento do instituto com base na reescrita da lei pelo mundo jurisdutivo.

Em boa hora, houve giro oxigenante no seguinte sentido:

*(...) II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a*

---

<sup>119</sup>STJ - REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, data de julgamento: 04/12/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, data de publicação: DJe 07/12/2018.

<sup>120</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. Revista da AJURIS.* v. 41, n. 135, setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014. Não espanta porque não é incomum o STJ fazê-lo: embora o CPC seja expresso em determinar que a verba honorária apenas poderá ser arbitrada pela equidade quando o proveito econômico for “*inestimável ou irrisório*” ou o valor da causa for “*muito baixo*” (artigo 85, §8º, do CPC), voltou-se a discutir a possibilidade de fixação dos honorários fora dos critérios legais dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 85, não só para majorar, mas também para minorar a verba sucumbencial nas causas de “*grande valor*” ou quando o proveito econômico for “*vultoso*”. Sobre o assunto, vide Tema Repetitivo 1076 do STJ.

<sup>121</sup>RAATZ, Igor. *Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro*. Livraria do Advogado. 2018, p. 173.

*preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento<sup>122</sup>.*

Preservou-se, com o giro, a ideia da jurisdição sem finalidade exauriente, com a prevalência da tutela sumária em desabono à ordinária, tônica onipresente no espírito do CPC123.

## 6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio aos debates das posições sobre a taxatividade ou não do manejo recursal do *caput* do art. 304 do CPC, tem-se exemplo robusto da atuação da cultura jurídica que desnatura o processo e o reduz a instrumento para concreção de escopos da jurisdição, esta imbuída de consciência teleológica legitimada por sua capacidade mediúnica.

Parece irresistível o ímpeto de alterar sentidos textuais mesmo diante de literalidades ou então de opções legislativas devidamente chanceladas pelo devido processo legiferante. Embora pequeno o espaço de tempo entre a decisão de sepultamento da estabilização (07/12/2018) e a que a ressucitou (22/10/2019), vê-se que o paradigma progressista da instrumentalidade condiciona o respeito à legalidade a critérios de compreensão dos textos normativos no nebuloso universo jurisdicional-procedimental, afastando, com isso, a visão do processo como garantia contrajurisdicional<sup>124</sup>.

Mesmo a leitura dita constitucional imuniza julgadores a aderirem à legalidade, que imprime, com a estabilização dos efeitos da tutela em caráter antecedente, efetividade da prestação jurisdicional em ambiente de sumariedade. Ou seja, a escolha de Sofia, na encruzilhada entre o sumário e o ordinário, mostra-se democrática e ao mesmo tempo efetiva, pois mantido ao requerido o direito de estabelecer a melhor estratégia processual (se recorre ou se aceita a estabilização, com o direito de revisão no prazo do §5º do art. 304) e entregue ao requerente a tutela satisfativa em lapso temporal adequado.

---

122STJ - REsp: 1797365 RS 2019/0040848-7, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, data de julgamento: 03/10/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, data de publicação: DJe 22/10/2019 RB vol. 662, voto vencedor redigido pela ministra Regina Helena Costa, que chama a atenção para o respeito à democrática deliberação legislativa que desaguou em clara opção do legislador. Fazê-lo diferente, segundo a ministra, seria extrapolar a função jurisdicional.

123RAATZ, Igor. *Op. cit.*, p. 173

124Para o termo "contrajurisdicional", conferir novamente COSTA, Eduardo José Fonseca. *Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. Ativismo judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V. Forense: RJ, 2009.

**BONNA, A. P.; SEGATTO, T. M.** *A estabilização da tutela provisória e a problemática em torno da hipolegislação do Novo Código de Processo Civil*. De Jure, Belo Horizonte, v. 17, n. 17, p. 336-368, dez. 2018.

**BRASIL**. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm), acessado em 18 de setembro de 2021.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6*, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, data de julgamento: 04/12/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, data de publicação: DJe 07/12/2018.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp: 1797365 RS 2019/0040848-7*, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, data de julgamento: 03/10/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, data de publicação: DJe 22/10/2019 RB vol. 662 p. 229.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema Repetitivo 1076*, Processo(s): REsp 1.850.512/SP e REsp 1.877.883/SP Relator: Min. Og Fernandes, Questão submetida a julgamento: Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. Data da afetação: 4/12/2020.

**COSTA**, Eduardo José da Fonseca. *Da tutela provisória. Art. 300*. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneira da. (orgs.) FREIRE, Alexandre (coord. exec.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. Ativismo judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 171-186, 2013.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**DONIZETTI**, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil – 20. ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Atlas, 2017.

**DOTTI**, Rogéria. Fagundes. *A estabilização da tutela antecipada no CPC de 2015: A autonomia da tutela sumária e a coisa julgada dispensável*. In: LUCON, Paulo Henrique dos

Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. (org.). Processo em Jornadas - XI Jornadas brasileiras de direito processual / XXV Jornadas Iberoamericanas de direito processual. 1<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, v.1, p. 896- 914, 2016.

**LAMY**, Eduardo de Avelar. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de processo civil*. Revista do Processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprenta: São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, n. 260, p. 105–129, out., 2016.

**MACEDO**, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 250, p. 189-215. dez. 2015.

**MARINONI**, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**MITIDIERO**, Daniel. *Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de processo civil*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9<sup>a</sup> Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 15-19, abr. 2015.

**NEVES**, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

**OLIVEIRA NETO**, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada a tutela superantecipada: breves considerações acerca da petição inicial simplificada*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, BUENO, Cassio Scarpinella, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

**RAATZ**, Igor. *Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro*. Livraria do Advogado. 2018.

**RANGEL**, Rafael Calmon. *A estabilização da tutela antecipada antecedente nas demandas de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 107. ano 25. p. 509-528. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2016.

**SICA**, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, p. 85-102, jan/mar.2015.

**STRECK**, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. *O Que É Isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. Revista da AJURIS.* v. 41, n. 135, setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

## PROCESSO LEGISLATIVO MUNICIPAL: ESTRUTURA, PRINCÍPIOS, ETAPAS E APLICAÇÕES PRÁTICAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com o título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción<sup>125</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa de forma aprofundada o processo legislativo municipal brasileiro, ampliando o conteúdo a partir do material fornecido e incorporando exemplos concretos de aplicação prática no âmbito das Câmaras Municipais, com destaque para a Câmara Municipal de Teresina, composta por 29 vereadores. O estudo abrange princípios do processo legislativo, espécies normativas, quóruns deliberativos, vícios formais e materiais, e as etapas do processo legislativo, desde a iniciativa até a publicação. São apresentados exemplos reais e hipotéticos que ilustram o funcionamento legislativo teresinense, reforçando a importância da legalidade, da simetria constitucional e da adequada técnica legislativa para assegurar a validade das normas no âmbito municipal.

**Palavras-chave:** Processo legislativo; Município; Câmara Municipal de Teresina; Controle de constitucionalidade; Leis municipais.

**Abstract:** This article provides an expanded analysis of the Brazilian municipal legislative process, based on the material provided and enriched with practical examples taken from the City Council of Teresina, which is composed of 29 councilors. The study covers legislative principles, normative species, voting quorums, formal and material defects, and each stage of the legislative process, from initiative to publication. Practical examples illustrate how bills, amendments, legislative decrees, resolutions, requests and indications are handled in the municipal context. The article emphasizes the relevance of legality,

125 especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense, especialista em direitos humanos pelo EDUCAMUNDO, especialista em tutoria em educação à distância pelo EDUCAMUNDO, especialista em auditoria governamental pelo EDUCAMUNDO, especialista em controle da administração pública pelo EDUCAMUNDO, especialista em gestão e auditoria em saúde pelo Instituto de Pesquisa e Determinação Social da Saúde e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

constitutional symmetry and adequate legislative technique to ensure the validity of municipal norms.

**Keywords:** Legislative process; Municipality; Teresina City Council; Constitutionality control; Local legislation.

## 1. Introdução

O processo legislativo municipal segue padrões constitucionais e regimentais que garantem a legalidade e a legitimidade das normas locais. No contexto da Câmara Municipal de Teresina — composta atualmente por **29 vereadores** — este processo assume especial relevância, considerando a quantidade de proposições legislativas, debates e deliberações que ocorrem ao longo de cada sessão legislativa.

O presente trabalho aprofunda as discussões e adiciona exemplos práticos, especialmente relacionados ao Legislativo teresinense.

### 2.1 Princípio da Simetria Constitucional

Segundo o princípio da simetria, o município deve respeitar, na elaboração de suas normas, as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal. Assim, matérias de iniciativa privativa do Executivo não podem ser objeto de projetos de lei de autoria de vereadores.

**Exemplo específico de Teresina:** Se um dos 29 vereadores apresenta projeto reorganizando a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, há vício de iniciativa, pois essa matéria é privativa do prefeito.

### 2.2 Técnica Legislativa

A técnica legislativa municipal deve observar a **clareza**, a **precisão** e a **justificativa adequada para cada projeto**.

**Exemplo:** Um projeto de lei criando o “Programa Municipal de Arborização Urbana” deve conter: clara definição de objetivos; justificativa técnica baseada em estudos ambientais; redação precisa, evitando termos vagos como “melhorar o meio ambiente”.

## 3. Quóruns no Processo Legislativo Municipal (Exemplos com 29 vereadores)

A Câmara Municipal de Teresina, com **29 vereadores**, possui quóruns próprios definidos pela Constituição, pela Lei Orgânica e pelo Regimento Interno.

### 3.1 Quórum de instalação

Exige-se **1/3 dos membros**.

No caso de Teresina: **1/3 de 29 = 9,67 → 10 vereadores**  
Portanto, **10 vereadores** são necessários para abrir a sessão.

### 3.2 Quórum para Ordem do Dia

A maioria absoluta é necessária para iniciar deliberações.

Metade de 29 = 14,5 → número inteiro superior

Portanto, **15 vereadores** devem estar presentes para votações.

### 3.3 Quórum para emendas à Lei Orgânica

A aprovação exige **2/3 dos vereadores**.

$2/3 \text{ de } 29 = 19,33 \rightarrow 20 \text{ votos}$

Logo, **20 vereadores** precisam votar favoravelmente em dois turnos distintos.

## 4. Espécies normativas municipais (com exemplos de Teresina)

### 4.1 Emendas à Lei Orgânica

Seguem rito especial, com 20 votos necessários.

**Exemplo:** Inclusão da obrigatoriedade de audiências públicas para obras acima de determinado valor.

### 4.2 Leis Complementares

Tratam de matérias estruturais do Município.

**Exemplo:** Revisão do Código Tributário Municipal de Teresina, que exige maioria absoluta (15 votos).

### 4.3 Leis Ordinárias

Matérias gerais.

**Exemplo:** Criação do "Programa Municipal de Incentivo à Reciclagem".

### 4.4 Decretos Legislativos

Competência exclusiva da Câmara.

**Exemplo:** Sustação de decreto do prefeito que reajusta tarifa de ônibus sem respaldo legal.

#### 4.5 Resoluções Normativas e Administrativas

**Exemplos reais aplicáveis a Teresina:** Resolução que altera o Regimento Interno da Câmara.

Resolução administrativa que estabelece ponto facultativo nas repartições da Casa.

#### 4.6 Requerimentos e Indicações

**Exemplo:** Um vereador solicita informações sobre obras de drenagem na zona norte (requerimento).

Outro sugere pavimentação da Rua Mirtes Melão (indicação).

### 5. Vícios legislativos com exemplos em Câmara de 29 vereadores

#### 5.1 Vício de Iniciativa

**Exemplo:** Projeto de vereador criando cargo de psicólogo na Secretaria Municipal de Educação.

→ Matéria de iniciativa privativa do Executivo, logo inconstitucional.

#### 5.2 Vício de Competência

**Exemplo:** Projeto municipal proibindo motocicletas de circularem sem farol ligado durante o dia.

→ Violação da competência da União (Código de Trânsito Brasileiro).

#### 6. Etapas do processo legislativo (com exemplos da Câmara de Teresina)

##### 6.1 Iniciativa

**Exemplo:** O prefeito envia projeto criando o "Programa Teresina + Verde".

Ou 10 dos 29 vereadores assinam projeto de emenda à LOM.

##### 6.2 Discussão nas Comissões

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), integrada por 5 vereadores, analisa constitucionalidade e legalidade.

Quórum da comissão: 3 membros (maioria absoluta).

##### 6.3 Deliberação

O projeto vai à votação em plenário.

**Exemplo:** Projeto sobre transporte coletivo recebe três emendas: aditiva (inclui novos critérios de fiscalização); supressiva (retira artigo que criava despesa sem estudo orçamentário); substitutiva (troca todo o texto original).

#### 6.4 Sanção ou voto

O prefeito pode vetar parcialmente ou totalmente.

**Exemplo:** Veto parcial ao artigo que previa aumento salarial sem estimativa de impacto financeiro (LDO e LRF).

#### 6.5 Promulgação

Se o prefeito não sanciona em 15 dias, o presidente da Câmara pode promulgar.

#### 6.6 Publicação

A lei é publicada no Diário Oficial do Município de Teresina.

### Conclusão

O processo legislativo municipal, especialmente em uma Câmara composta por **29 vereadores**, como é o caso da Câmara Municipal de Teresina, exige rigor técnico, respeito aos princípios constitucionais e observância das etapas do rito legislativo. O uso de exemplos concretos demonstra que a atuação legislativa depende tanto de fundamentos jurídicos quanto de práticas políticas internas, tornando essencial o estudo aprofundado de suas fases, quóruns e competências.

### Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2024.

BRASIL. **Lei Orgânica do Município de Teresina**. Disponível em: <<https://pmt.pi.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2024.

## A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS (DESCA) NO BRASIL: ENTRE A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

IGOR DANIEL BORDINI MARTINENA

**RESUMO:** O presente artigo analisa o fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil, com foco na efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA). Discute-se a tensão constitucional entre o princípio da reserva do possível, invocado pelo Estado para justificar a escassez de recursos, e a garantia do mínimo existencial, núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. Através da análise doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (especialmente na ADPF 45 e ADPF 708) e do Superior Tribunal de Justiça (Tema 106), busca-se compreender os limites e as possibilidades da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, concluindo pela necessidade de critérios técnicos e diálogos institucionais para evitar o desequilíbrio orçamentário e o ativismo judicial predatório.

**Palavras-chave:** Judicialização. DESCA. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Ativismo Judicial.

### 1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 marcou uma ruptura paradigmática na história jurídica brasileira. Batizada de "Constituição Cidadã", a Carta Magna não se limitou a organizar a estrutura do Estado e garantir as liberdades negativas (direitos civis e políticos); ela ousou estabelecer um extenso catálogo de direitos prestacionais. O artigo 6º da Constituição elenca os direitos sociais — como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância — erigindo-os à categoria de direitos fundamentais.

No entanto, mais de três décadas após a promulgação constitucional, observa-se um abismo entre a normatividade do texto constitucional e a realidade social brasileira. A ineficiência administrativa, a corrupção e as crises econômicas cíclicas impediram a plena concretização destas promessas. Diante da omissão ou da atuação insuficiente dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas, o cidadão brasileiro encontrou no Poder Judiciário a última trincheira para a satisfação das suas necessidades básicas.

Este fenômeno, denominado "judicialização da política" ou "judicialização dos DESCA", coloca os magistrados no centro da alocação de recursos públicos, gerando um intenso debate jurídico e político. De um lado, o Estado defende-se sob o escudo da

"Reserva do Possível", alegando limitações orçamentárias insuperáveis. Do outro, o cidadão e o Ministério Público argumentando que a dignidade humana não pode submeter-se à conveniência económica.

O presente artigo tem por objetivo analisar esta tensão. Investigar-se-á até que ponto o Judiciário pode intervir na discricionariedade administrativa para forçar o cumprimento de direitos sociais e ambientais, e quais os critérios utilizados pelas Cortes Superiores (STF e STJ) para balizar estas decisões, evitando que a solução de um caso individual resulte na desestruturação do sistema coletivo.

## 2. A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DESCAS E A TENSÃO TEÓRICA

Para compreender a judicialização, é imperioso superar a antiga visão de que as normas constitucionais sociais seriam meramente programáticas — ou seja, cartas de intenções políticas sem força vinculante imediata. A doutrina constitucional contemporânea, liderada no Brasil por autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso, defende a eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais. Isso significa que os direitos sociais são autênticos direitos subjetivos, exigíveis judicialmente perante o Estado.

### 2.1. O Princípio da Reserva do Possível

Originária do Direito Alemão (*Vorbehalt des Möglichen*), a teoria da reserva do possível surgiu na década de 1970, quando a Corte Constitucional alemã decidiu sobre a limitação de vagas no ensino superior (caso *Numerus Clausus*). A tese sustenta que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à existência de recursos financeiros no erário. Em suma, o Estado só pode ser obrigado a fazer aquilo que está dentro das suas possibilidades orçamentárias.

No Brasil, a Advocacia Pública utiliza frequentemente este argumento para contestar pedidos de medicamentos, vagas em creches ou obras de saneamento. Argumenta-se que o orçamento é finito e que a alocação de recursos é uma escolha trágica: atender ao pedido de um indivíduo pode significar retirar recursos de uma coletividade.

### 2.2. O Princípio do Mínimo Existencial

Em contraposição à reserva do possível, surge a teoria do mínimo existencial. Este conceito delimita um núcleo essencial de direitos sem os quais a vida humana perde a sua dignidade. Inclui-se aqui o acesso à alimentação básica, saúde de emergência, abrigo e educação fundamental.

O entendimento consolidado é o de que o mínimo existencial funciona como uma barreira intransponível para a alegação de falta de recursos. O Estado não possui discricionariedade para decidir se garante ou não a sobrevivência física e moral dos seus cidadãos.

Sobre este embate, é fundamental citar a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal na **ADPF 45**, de relatoria do Ministro Celso de Mello. A Corte fixou o entendimento de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Para o STF, a dignidade da pessoa humana prevalece sobre a conveniência orçamentária quando está em jogo o mínimo existencial.

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O GRANDE CAMPO DE BATALHA**

A saúde é, sem dúvida, o direito social mais judicializado no Brasil. Com base no artigo 196 da Constituição ("A saúde é direito de todos e dever do Estado"), milhares de ações são propostas diariamente exigindo desde tratamentos básicos até medicamentos experimentais de custo milionário.

Este cenário criou distorções graves. Frequentemente, liminares judiciais determinavam o bloqueio de verbas públicas para custear tratamentos no exterior ou fármacos sem registo na ANVISA, desorganizando o planeamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e privilegiando aqueles que podiam contratar advogados em detrimento da massa de usuários do sistema público.

Para racionalizar a judicialização, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do **Tema 106** dos Recursos Repetitivos, estabeleceu critérios cumulativos vinculantes para o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. São eles:

- a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- b) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- c) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Esses critérios representam uma evolução na jurisprudência, pois buscam equilibrar o direito individual à vida com a sustentabilidade do sistema público de saúde, introduzindo a Medicina Baseada em Evidências no processo judicial.

## 4. A NOVA FRONTEIRA: LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E DIREITOS AMBIENTAIS

A judicialização dos DESCA não se restringe mais aos direitos sociais clássicos (saúde e educação). O século XXI trouxe à tona a urgência da letra "A" da sigla: os Direitos Ambientais. O artigo 225 da Constituição impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Recentemente, o Brasil tem vivenciado o crescimento da "Litigância Climática". Trata-se do uso do Judiciário para forçar o governo a cumprir metas de redução de carbono e proteção da biodiversidade. Um marco histórico foi o julgamento da **ADPF 708** pelo STF, referente ao Fundo Clima.<sup>1</sup>

Neste caso, a Corte reconheceu que o Poder Executivo tem o dever — e não a faculdade — de fazer funcionar os mecanismos de proteção ambiental. O STF declarou que a omissão na gestão de verbas ambientais configura um "Estad<sup>2</sup>o de Coisas Inconstitucional" em matéria ambiental. O julgamento reforçou a tese da **proibição do retrocesso ecológico**: uma vez alcançado um patamar de proteção legislativa ou institucional ao meio ambiente, o Estado não pode desmantelá-lo sem violar a Constituição.

Este novo flanco da judicialização demonstra que o controle judicial de políticas públicas se expandiu para áreas complexas e estruturais, onde a inação estatal pode causar danos irreversíveis ao equilíbrio planetário.

## 5. CONCLUSÃO

A análise da judicialização dos DESCA no Brasil revela um cenário complexo. Por um lado, a atuação do Poder Judiciário tem sido vital para garantir a vida e a dignidade de milhares de cidadãos negligenciados pela ineficiência da máquina pública. Sem a intervenção de juízes corajosos e da jurisprudência garantista do STF, o "Mínimo Existencial" seria, para muitos, uma letra morta.

Por outro lado, a intervenção judicial excessiva e sem critérios técnicos comporta riscos democráticos e orçamentários. O juiz, que não é eleito e não gere o orçamento, corre o risco de substituir o administrador público, criando "ilhas de excelência" para quem litiga, enquanto o oceano de necessidades coletivas permanece desassistido.

Conclui-se, portanto, que o caminho para o aprimoramento da efetivação dos direitos sociais e ambientais no Brasil não passa pela supressão da judicialização, mas pela sua qualificação. É necessária a adoção de posturas de "diálogos institucionais", onde o Judiciário, em vez de apenas impor ordens, promova a mediação estrutural com o

Executivo. Apenas com a ponderação técnica entre a reserva do possível e o inegociável mínimo existencial será possível transformar a promessa da Constituição de 1988 numa realidade tangível para todos os brasileiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 nov. 2025.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 abr. 2004.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 01 jul. 2022.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106)*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 25 abr. 2018.

**BARROSO, Luís Roberto.** *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes.** *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

**SARLET, Ingo Wolfgang.** *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

**KRELL, Andreas Joachim.** *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

## BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1.292

(Ano XVIII)

ISSN - 1984-0454

O Portal Conteúdo Jurídico consiste em um grande ambiente virtual inaugurado em setembro de 2008 e idealizado com base na experiência na docência do ensino superior, por parte dos seus gestores, os quais perceberam a necessidade-facilidade de disponibilizar aos seus alunos informações suficientes ao aprendizado, criando assim, um banco de dados de auto-gestão, pesquisando, organizando, filtrando e publicando conteúdo interdisciplinar que possa auxiliar nas pesquisas dos profissionais e usuários como um todo.

Nossa missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um só lugar.

Mas o sucesso do nosso portal somente é possível com a colaboração dos profissionais e acadêmicos com o envio de sua produção literária para fins de publicação.

O Conteúdo Jurídico possui o Boletim Conteúdo Jurídico reconhecido como publicação periódica on-line no Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), órgão governamental responsável pela catalogação internacional de publicações periódicas, sob o código ISSN 1984-0454. O IBICT não distingue entre periódicos impressos ou virtuais, tendo como critério de seleção a qualidade editorial, dentre outros requisitos formais.

Nosso Boletim veicula artigos multidisciplinares, Trabalhos de Conclusão de Curso – TCC, monografias, dissertações, teses de doutoramento.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN, Quadra 02, Bloco F, Edifício Executive Office Tower, sala 1202. CEP. 70702906. Brasília-DF. Tel. (61) 99177-3598  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR