

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – CAMPUS GOVERNADOR

VALADARES

Faculdade de Direito – Instituto de Ciências Sociais e Aplicadas

Bruna de Castro Vieira

HOMOPARENTALIDADE POR MEIO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

CASEIRA:

Garantia ao exercício do direito à família.

Governador Valadares

2021

Bruna de Castro Vieira

HOMOPARENTALIDADE POR MEIO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

CASEIRA:

Garantia ao exercício do direito à família.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Governador Valadares.

Orientador: Daniel Amaral Nunes Carnáuba.

Governador Valadares

2021

Bruna de Castro Vieira

**HOMOPARENTALIDADE POR MEIO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
CASEIRA:**

Garantia ao exercício do direito à família.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Governador Valadares.

Aprovada em:

Professora Tayara Talita Lemos

Universidade Federal de Juiz Fora – Campus Governador Valadares

Professor Daniel Mendes Ribeiro

Universidade Federal de Juiz Fora – Campus Governador Valadares

Professor Daniel Amaral Nunes Carnaúba

Universidade Federal de Juiz Fora – Campus Governador Valadares

RESUMO

As famílias formadas por casais homoafetivos que pretendem realizar um projeto parental, por não poderem gerar filhos de forma biológica, recorrem à adoção ou às técnicas de reprodução artificial. Os que optam por essa segunda possibilidade deparam com os altos preços das técnicas disponíveis e com a abrangência restrita da disponibilização dessas técnicas por meio do sistema público de saúde. Por esse motivo, acabam se utilizando de uma técnica informal, chamada de autoinseminação ou inseminação artificial caseira. O problema da utilização dessa modalidade de fecundação é que as decorrências jurídicas, especificamente a questão do registro da dupla maternidade ou da dupla paternidade da criança havida por esse método de inseminação, não está regulamentada pelo direito brasileiro, de modo que as famílias homoparentais encontram óbices à realização do registro de seus filhos gerados por meio da autoinseminação. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva examinar de forma crítica a questão da filiação decorrente do uso da inseminação artificial caseira pelas famílias formadas por casais homoafetivos, trazendo para análise a jurisprudência brasileira acerca do tema e identificando uma possível solução para o problema.

Palavras-chave: Inseminação artificial caseira; homoparentalidade; registro; filiação.

ABSTRACT

Families formed by homosexual couples who intend to carry out a parental project, as they cannot bear children biologically, resort to adoption or artificial reproduction techniques. Those who choose this second possibility face the high prices of the techniques and the restricted range of availability of these techniques through the public health system. For this reason, they end up using an informal technique, called self-insemination or homemade artificial insemination. The problem with using this type of fertilization is that the legal consequences, specifically the issue of registration of dual maternity or dual paternity of the child borned by this method of insemination, is not regulated by Brazilian law, which makes the homoparental families face obstacles regarding the registration of their children borned through self-insemination. Therefore, the present article aims to critically examine the issue of the motherhood and fatherhood resulting from the use of homemade artificial insemination by families formed by homosexual couples, bringing to analysis the Brazilian jurisprudence on the subject and identifying a possible solution to the problem.

Key-words: Homemade artificial insemination; homoparenthood; registry; parentage.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	07
2. Garantia ao livre planejamento familiar.....	08
3 As técnicas de reprodução assistida no Brasil.....	09
4. Autoinseminação: a alternativa para o exercício do direito à família.....	14
4.1 Implicações Paterno e Materno-filiais da Autoinseminação.....	15
4.2 Solução das Lacunas	17
5. A judicialização favorável da multiparentalidade nos casos de inseminação artificial caseira	20
6. Considerações finais.....	22

1 INTRODUÇÃO

Ante o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 definiu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, bem como objetivou promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por certo que essa proteção fundamental imposta pela Carta Magna, especialmente lida à luz da exponencial relevância das pautas sociais – e, especificamente, das pautas LGBTQIA+ – tem como decorrência lógica que qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo seria uma afronta aos princípios da liberdade e da igualdade. Afinal, “se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, obviamente, a orientação sexual que se tenha”.¹

Observada a necessidade de se vedar toda e qualquer discriminação contra os grupos LGBTQIA+, há uma inevitável (e imprescindível) consequência: assegurar a esses indivíduos os mesmos direitos de que gozam os outros cidadãos.

Na mesma medida como com os casais heterossexuais, as relações homoafetivas também alçam o patamar de entidades familiares, pois que são criadas ante a um vínculo afetivo entre os indivíduos que dela fazem parte, vínculo esse que tem desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial².

Tão verdade que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente a ADPF 132/RJ (que foi recebida como ADI) e a ADI 4277/DF entendendo pela inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, decisão essa que tem efeito vinculante e *erga omnes*, já que os atos inconstitucionais são “destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando [...] inclusive os atos pretéritos com base nela praticados”.³

Com a *ratio decidendi* estabelecida pela Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça julgou, também em 2011, o REsp 1.183.378/RS, determinando a inexistência de óbices legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo o julgamento firmado pelo tribunal, os artigos do Código Civil que tratam do casamento não o proíbem de ser realizado entre pessoas do mesmo sexo e, tendo em vista a especial proteção do Estado garantida a todas as famílias por meio da Constituição de 1988,

¹ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 45.

² DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 47.

³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 1418.

respaldar essa vedação seria afrontar princípios constitucionais basilares, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Ressaltou-se ainda que enquanto a defesa dos interesses dessas pessoas não for tutelada legislativamente, não pode o Poder Judiciário se abster de fazê-lo.⁴

Como colocado pelo Ministro Relator Ayres Britto no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, “a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”⁵.

Por não poderem ter filhos biológicos, esses casais recorrem à adoção ou às técnicas de reprodução artificial. Acontece que este método de fertilização é bastante oneroso, de modo que nem todo casal tem condição financeira de arcar com o procedimento. Diante dessa impossibilidade, surge uma alternativa informal: a autoinseminação.

A despeito de ser recorrente, não há regulamentação acerca dessa prática no Direito brasileiro. Tal ausência, no entanto, não implica na prescindibilidade de tratar sobre o tema, mas na verdade é um fator que demonstra a necessidade de pensar em seus reflexos.

2 GARANTIA AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar foi um direito estabelecido pela Constituição Federal em seu art. 226, § 7º⁶, e também consagrado pelo art. 1.565, § 2º do Código Civil⁷, que definiram que tal garantia é de livre decisão do casal, incumbindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para a efetivação desse direito, não havendo que se falar em qualquer tipo de intervenção por parte deste.

⁴ STJ – Resp 1.183.378/RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 25/10/2011, T4 – Quarta Turma. Data de publicação: DJe 01/02/2012). https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1183378_RS_1330972067974.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1618362783&Signature=eTxgMhWpxMRdAi3PEz5QkK4KPqI%3D Acesso em: 13 de abril de 2021.

⁵ STF – ADI 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Plenário. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 13 de abril de 2021.

⁶ Art. 226. § 7º - Constituição Federal. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁷ Art. 1.565. § 2º - Código Civil. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

O planejamento familiar é, portanto,

conteúdo inerente à liberdade de um casal poder planejar livremente sobre a formação de sua família, restringida a intervenção do Estado apenas para propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao exercício desse direito e proibida qualquer forma de coerção. É apenas do casal a decisão de ter filhos e quantos filhos desejarem ter, sem nenhuma limitação à natalidade [...].⁸

De acordo com o art. 2º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, entende-se como tal o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Não obstante todo esse conjunto legislativo tenha sido pensado sob uma ótica heteronormativa, suas disposições – e, inclusive, todas as outras normas atinentes ao casamento ou outras entidades familiares e suas decorrências – devem ser interpretadas de forma a abranger também as relações homoafetivas.

É claro que “a existência de prole não é essencial para que a convivência [homoafetiva] mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição”⁹, mas, com base nos precedentes dos tribunais superiores, é certo que, ao casal homoafetivo, não só não lhes pode ser negado o direito ao planejamento familiar, como, na verdade, o exercício desse direito deve ser assegurado, caso seja de seu interesse gerarem filhos.

Nesse escopo de garantia ao planejamento familiar foi que surgiram as técnicas de reprodução assistida.¹⁰

3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Como asseverado por Lucia Helena Ouvernei Braz de Matos e Lítiane Mottamarins Araujo (2018):

O livre planejamento familiar, ou seja, o direito de decidir se, quando e quantos filhos ter, foi um direito conquistado pelos movimentos sociais, em especial pelos movimentos de mulheres que se desdobraram historicamente questionando seus papéis sociais de reprodutora e mãe dos legítimos herdeiros do chefe da família patriarcal. Na busca pela autonomia sobre o próprio corpo as mulheres conquistaram

⁸ MADALENO, Rolf. Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.P. 251/252.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 48.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 210.

a legitimação do direito à contracepção (ATLAN, 2006), que colocou como inerente ao fato de procriar a questão do desejo. Assim, os filhos deixaram de ser uma obrigação, vindo a ser considerados como frutos do ato de opção, da opção de ser pai ou de ser mãe; em outras palavras, a constituição da família passou a ser um ato de liberdade e escolha. Nessa perspectiva, a reprodução biológica se tornou um fenômeno altamente investido racional, social e tecnologicamente (CÔRREA,2001). O desejo de filhos acompanhado pela impossibilidade de concebê-los, definida no meio biomédico como infertilidade ou infecundidade, foi medicalizado.¹¹

Nesse contexto, a fim de acompanhar o avanço tecnológico das ciências reprodutivas que se deram através das técnicas de reprodução humana, o Código Civil de 2002 inseriu em seu texto três dispositivos que tratam da presunção de filhos concebidos por técnicas de reprodução artificial na constância do casamento¹² (ou da união estável, conforme entendimento do STJ¹³):

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.

As técnicas de reprodução artificial podem ser, portanto, heterólogas ou homólogas. São homólogas a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro e heteróloga a inseminação feita por meio de sêmen de um terceiro¹⁴, e são utilizadas quando há dificuldade ou impossibilidade de gerar um filho por meios artificiais, científicos ou técnicos¹⁵, sendo um método apropriado tanto para casais hetero quanto homoafetivos.

O primeiro marco regulatório da reprodução humana assistida no Brasil foi a Resolução nº 1.352/92 do Conselho Federal de Medicina, tendo sido revogada pela Resolução CFM nº 1.957/10 a qual, por sua vez, foi substituída pela atual Resolução em vigor, nº 2.168/17.

¹¹ BRAZ DE MATOS, Lucia Helena Ouvernei; ARAÚJO, Litiane Mottamarins. As desigualdades de acesso as técnicas de reprodução humana assistida. XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Salvador – BA. Conpedi, 2018. P. 9.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P. 248.

¹³ STJ - AREsp 1.178.949/RS (2017/0249933-4), Rel. Des. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5º região), p. 22/03/2018.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5). P. 249.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 222.

Diante da normatização trazida pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº 2.168/17, que visa adotar normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução, não há como negar a filiação dos pacientes que se utilizam dessa técnica diante do consentimento de todos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida¹⁶, sendo por certo que o fornecedor do material serve tão somente a isso, fornecer o gameta para a realização da inseminação, o que é evidenciado, inclusive, pelo fato da identidade dos doadores ser obrigatoriamente mantida em sigilo¹⁷.

Em se tratando dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, a presunção da paternidade é absoluta e se baseia puramente na afetividade em detrimento da verdade genética utilizada na técnica de reprodução.¹⁸

Portanto, não pairam dúvidas quanto à paternidade ou à maternidade quando a reprodução se dá de modo assistido, mesmo porque o assunto foi devidamente regulamentado pelo Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, com vistas a, dentre outros objetivos, uniformizar, em todo o território nacional, o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida tanto de casais heteroafetivos como homoafetivos¹⁹.

Acontece que as técnicas de reprodução assistidas são custosas, não sendo uma possibilidade financeiramente acessível a todos.

De acordo com a Fertibaby, clínica especializada em reprodução assistida do Ceará, a inseminação artificial pode variar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo que a fertilização *in vitro* – outra forma de reprodução assistida – pode chegar a ser de 3 a 4 vezes maior.²⁰

As chances de sucesso de cada uma dessas modalidades são proporcionais aos valores, de modo que a inseminação artificial, na mesma medida em que tem preço mais baixo que a fertilização *in vitro*, também tem a taxa de probabilidade de gravidez de 3 a 4 vezes menor.

¹⁶ MADALENO, Rolf. Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018. P. 710.

¹⁷ Resolução nº 2.168/17, NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DEREPRODUÇÃO ASSISTIDA – IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES – Item 4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 215/216.

¹⁹ BRASIL. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 20 ago. 2021.

²⁰ FERTIBABY – MEDICINA REPRODUTIVA. O que é inseminação artificial? Disponível em: <https://fertibabyceara.com.br/tratamentos-para-engravidar/inseminacao-artificial/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Face essas duas situações, os casais que pretendem recorrer à técnica de reprodução assistida têm as seguintes opções: despendem entre três a cinco mil reais para realizar um procedimento cuja probabilidade de ser bem sucedido não é suficientemente satisfatória ou, com vistas a garantir uma taxa mais alta de êxito, se ver na necessidade de desembolsar entre nove a vinte mil reais.

Não é forçoso dizer que tais valores estão longe de se adequar à realidade dos brasileiros e brasileiras. De acordo com a última pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2020, o rendimento médio nominal domiciliar *per capita* da população brasileira foi de R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais)²¹. Desse modo, nota-se que as técnicas de reprodução assistida não estão amplamente à disposição de quem as desejar.

Em 22 de março de 2005, vislumbrando que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, o Ministério da Saúde instituiu por meio da Portaria nº 426/GM/MS a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.²²

Determinou-se que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida seria constituída a partir de alguns componentes fundamentais, na forma do art. 3º:

Art. 3º A Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, de que trata o art. 1º será constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais:

I - Atenção Básica: é a porta de entrada para a identificação do casal infértil e na qual devem ser realizados a anamnese, o exame clínico-ginecológico e um elenco de exames complementares de diagnósticos básicos, afastando-se patologias, fatores concomitantes e qualquer situação que interfira numa futura gestação e que ponham em risco a vida da mulher ou do feto;

II - Média Complexidade: os serviços de referência de Média Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Atenção Básica, realizando acompanhamento psicossocial e os demais procedimentos do elenco deste nível de atenção, e aos quais é facultativa e desejável, a realização de todos os procedimentos diagnósticos e terapêuticos relativos à reprodução humana assistida, à exceção dos relacionados à fertilização *in vitro*; e

III - Alta Complexidade: os serviços de referência de Alta Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Média Complexidade, estando

²¹ AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. IBGE divulga rendimento domiciliar per capita 2020. Publicado em 26/02/2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30129-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2020>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²² BRASIL. Portaria nº 426/GM/MS, 2005. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizizesConsolidacao/comum/13620.html>. Acesso em: 14 ago. 2021.

capacitados para **realizar todos os procedimentos de Média Complexidade, bem como a fertilização in vitro e a inseminação artificial.** ‘G.N.’

Passou a se vislumbrar, portanto, a possibilidade de realização das técnicas de reprodução assistida através do SUS. Ocorre que são poucos os hospitais no Brasil que realizam os tratamentos.

Em 28 de dezembro de 2012 foi editada a Portaria nº 3.149, que destinou recursos financeiros para a efetivação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, abarcando, porém, somente nove hospitais em todo o território nacional para realizarem os procedimentos de fertilização *in vitro* e inseminação artificial, quais sejam:

UF	Gestão	Estado/Município/DF	CNES	Estabelecimento
DF	Estadual	Brasília	0010537	HMIB - Hospital Materno Infantil de Brasília
MG	Municipal	Belo Horizonte	0027049	Hospital das Clínicas da UFMG
RS	Municipal	Porto Alegre	2237571	Hospital Nossa Senhora da Conceição SA - Fêmeina
RS	Municipal	Porto Alegre	2237601	Hospital das Clínicas de Porto Alegre
SP	Estadual	São Paulo	2078015	HC da FMUSP Hospital das Clínicas São Paulo
SP	Estadual	São Paulo	2078287	Centro de Referência da Saúde da Mulher São Paulo - Pérola Byington
SP	Estadual	São Paulo	2082187	Hospital das Clínicas FAEPA Ribeirão Preto
PE	Dupla	Recife	0000434	Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira- IMIP
RN	Municipal	Natal	2409208	Maternidade Escola Januário Cicco

FONTE: Portaria nº 3.149/GM/MS, de 28 de dezembro de 2012.

Nota-se, pois, que mesmo com a viabilização das técnicas de reprodução assistida de forma gratuita, o acesso a elas não alcança um largo número de pessoas, dada a amplitude restrita de sua disponibilização, sendo por certo, ainda, que quem pretende realizar os tratamentos através do SUS deve entrar em uma lista de espera demorada para conseguir o atendimento.²³

Ante o exposto até aqui, é possível perceber que há entraves consideráveis na garantia ao planejamento familiar ao qual casais homoafetivos têm direito, que é decorrente dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores nos julgamentos da ADPF 132/RJ, ADI 4277/DF e REsp 1.183.378/RS.

Vendo-se na ânsia de constituir uma família e certos de que esse direito não lhes pode ser tolhido devido aos altos preços das técnicas de reprodução feitas de forma particular e a abrangência absurdamente restrita do serviço prestado pelo SUS, os casais homoafetivos acabam recorrendo à reprodução através de inseminação artificial caseira.

4 AUTOINSEMINAÇÃO: A ALTERNATIVA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À FAMÍLIA

A autoinseminação, ou inseminação artificial caseira, consiste em injetar o esperma de um doador, seja ele anônimo ou não, na mulher, sendo que tal reprodução não é feita sob o acompanhamento de clínicas ou afins, mas realizada por meios empreendidos pela própria pessoa inseminada.

Tal situação, no entanto, não está amparada pela legislação brasileira.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina evidencia, sobretudo, o interesse da comunidade médica em garantir que os métodos de reprodução artificial somente sejam feitos sob o amparo dessa profissão, fazendo com que a ação do médico seja decisiva para o acesso a essas técnicas.²⁴

²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Fertilização in vitro: ciência e Justiça unidas para garantir o sonho da maternidade. Publicado em 10/02/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Fertilizacao-in-vitro-ciencia-e-Justica-unidas-para-garantir-o-sonho-da-maternidade.aspx>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁴ BRAZ DE MATOS, Lucia Helena Ouvernei; ARAÚJO, Litiane Mottamarins. As desigualdades de acesso as técnicas de reprodução humana assistida. XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Salvador – BA. Conpedi, 2018. P. 145.

Contudo, é de suma relevância notar que o art. 1.597 do Código Civil que trata da presunção da paternidade (a despeito da redação heteronormativa, leia-se tal artigo abrangendo todas as possibilidades de configurações familiares, haja vista os precedentes do STF e do STJ) nos casos de inseminação artificial heteróloga não menciona que a filiação será presumida apenas quando essa modalidade de inseminação for realizada através de clínicas, centros ou serviços. O art. 1.597, na verdade, tão somente indica as decorrências lógicas da utilização da técnica de inseminação artificial, adotando a premissa de que o vínculo paterno-filial é definido com relação àqueles que decidiram gerar filhos por meio da técnica de reprodução artificial²⁵. Esse é o ponto principal.

A Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina não é norma capaz de definir de forma exclusiva como se dará a inseminação artificial sob a tentativa de regulamentar o art. 1.597 do Código Civil, mormente tendo-se em vista se tratar de uma norma deontológica.

Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Provimento nº 63/17, determinou que uma das documentações exigidas para o registro de filho havido por técnicas de reprodução assistida é 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 heteróloga²⁶, o que impossibilita a aplicação do Provimento quando quem pretende o registro de seus filhos são casais homoafetivos que recorreram à técnica de autoinseminação.

4.1 Implicações Paterno e Materno-filiais da Autoinseminação

Principalmente por questões financeiras, a prática da inseminação artificial caseira tem se tornado mais frequente no Brasil. Já até existem homens conhecidos pelo ato reiterado de doação de sêmen para a realização da autoinseminação em mulheres. A BBC Brasil realizou uma reportagem em novembro de 2017 a respeito dos brasileiros doadores de sêmen que viabilizam as inseminações caseiras.

²⁵ BUDAL ARINS, Ana Cláudia. DOAÇÃO DE MATERIAL REPRODUTIVO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E POSSÍVEIS REFLEXOS NA FILIAÇÃO. Orientador: Professor Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier. 2018. 62 f. TCC (graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. P. 31.

²⁶ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

[...]

II – 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 dos beneficiários;

Na reportagem, há o relato de um homem que já se consagrou como um doador assíduo. De acordo com a matéria, “iniciou a prática em outubro de 2015, e desde então acredita ter conseguido colaborar com a gravidez de ao menos 24 mulheres, a partir de cerca de 150 doações feitas até o início de novembro [de 2017]”.²⁷

Ele realiza as doações em sua própria casa e assegura que não cobra pelo *serviço*, mas tão somente uma taxa para que mulheres inseminadas possam permanecer em sua casa quando for necessário, haja vista que muitas viajam para encontrá-lo e efetivar a doação.

Narra ainda a reportagem que a mãe gestacional e o doador, por vezes, elaboram um contrato para definir os direitos que o homem terá sobre a criança, sendo que na maioria das situações o que se estabelece é que o doador abra mão de qualquer decorrência que poderia gerar em virtude da utilização do seu gameta, conferindo à mãe os plenos direitos concernentes àquela criança que nascerá.

Tal configuração contratual denota o que já é sedimentado dentro do Direito das Famílias: a identificação da família se dá pela decisão autônoma de criá-la e pelo seu envolvimento afetivo, abarcando a lógica do eudemonismo, que enfatiza o sentido da busca à felicidade por parte do indivíduo.

Nesse sentido, o terceiro, doador do material genético não será responsável civilmente pelo nascituro/menor, não havendo que se falar em paternidade por parte deste, vez que tão somente se dispôs a colaborar com o casal que possui o projeto parental, sendo que este doador não pretende criar vínculo socioafetivo com a criança gerada daquela inseminação.²⁸

Assim, por se tratar de uma situação consentida entre todas as partes envolvidas, tem-se a presunção da filiação com relação àqueles que a pretendem, ao menos perante as pessoas que participaram do processo reprodutivo.

A problemática paira sobre o registro da criança havida pelo método da inseminação artificial caseira por casais homoafetivos.

É certo que esse inconveniente não aflige casais heteroafetivos, pois basta que o homem se declare pai para ser registrado como tal, de modo que quando esses casais recorrem à técnica da autoinseminação este fato sequer precisa ser mencionado, já que o art.1.597, I²⁹,

²⁷ LEMOS, Vinicius. Os brasileiros que doam esperma para inseminações caseiras. BBC Brasil, 29 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>. Acesso: 25 ago. 2021.

²⁸ DE SOUZA, Izabela Ribeiro; CUNHA, Mariana Swerts. Reprodução assistida: análise das consequências jurídicas da utilização da inseminação artificial caseira. Publicar-e : ebook dos resumos dos trabalhos de conclusão de curso do 2º semestre de 2019 das Faculdades Kennedy e Promove / organizadores, Frederico Divino e Silvino Santos. 3. ed.-- Belo Horizonte: NPP, Faculdades Promove e Faculdades Kennedy, 2019. P. 64.

²⁹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

do Código Civil presume que os filhos havidos cento e oitenta dias, pelo menos, do início do casamento é filho desse casal. O art. 1.609³⁰ do mesmo diploma legal também elucida o mesmo entendimento, determinando que, com relação aos filhos havidos fora do casamento, basta o reconhecimento no ato do registro do menor para que a paternidade seja estabelecida.

Por não haver expressa disposição legal que autorize a realização do registro do menor constando o nome de suas duas mães ou de seus dois pais independentemente de autorização judicial quando não se tratar de reprodução humana assistida, os casais homoafetivos não conseguem registrar seus filhos diretamente no cartório.

Há, aqui, uma lógica preconceituosa de validar de plano somente as famílias formadas por casais heterossexuais, amparado sob a justificativa biológica de que para a concepção de um bebê é necessário material genético feminino e masculino, motivo pelo qual ao casal hetero nunca será negado o direito de proceder ao registro de seu filho; por certo que nenhuma serventia questionará se aquele que diz ser pai é, de fato, pai.

As regras estabelecidas pelo Código Civil poderiam ser também o entendimento aplicado aos filhos havidos na constância do casamento ou da união estável de casais homoafetivos, mas não é isso que acontece. Há, portanto, uma lacuna no Direito brasileiro quanto à garantia irrestrita do exercício da homoparentalidade.

4.2 A Solução das Lacunas

Quando nos deparamos com uma omissão no Direito,

[...] não se está à frente do que se chama de silêncio eloquente: que determinada situação da vida não é merecedora de reconhecimento. Não. Muitas vezes é mero desleixo ou preconceito. Vã tentativa de fazer desaparecer situações de vida dignas de tutela. O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito.³¹

Ainda nas palavras de Berenice Dias,

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não dispor de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da

³⁰ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

[...]

³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 40/41.

invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.³²

Nesse sentido, os filhos havidos por casais homoafetivos através da inseminação artificial caseira não é situação indigna de respaldo jurídico. Pelo contrário, merece ser debatida com vistas a não invisibilizar as configurações familiares que têm a autoinseminação como única solução para realizar o sonho de constituir prole.

Especialmente sob a égide do atual contexto no qual se encontra o Direito das Famílias, que preconiza com bastante vigor a ideia da afetividade como fator primordial definidor da família, não se pode negar ao cônjuge ou companheiro que não participou da cadeia biológica da concepção do filho o direito de exercer sobre ele a paternidade ou maternidade que será baseada nos laços afetivos.

É decorrência lógica da relação homoafetiva que somente um dos parceiros ou parceiras estará ligado ao filho pela relação de parentesco consanguínea, mas não se pode olvidar que o filho foi concebido pelo desejo de ambos, devendo, portanto, carregar o nome de ambos em seu assento de nascimento.

Tal situação abrange o que se chama de multiparentalidade.

Multiparentalidade é a possibilidade jurídica de constar no registro civil de uma pessoa mais de um pai ou mais de uma mãe, devido à aplicação da ideia de desbiologização da maternidade ou paternidade, conceito este que busca desvincular o “ser genitor (a)” do “ser pai/mãe”, diante da plena possibilidade desses dois estados se encontrarem em pessoas distintas.

A multiparentalidade é reconhecida sob a ótica do filho, o qual, possuindo diversos vínculos parentais, sejam eles biológicos e afetivos ou mesmo apenas afetivos, terá dois ou mais pais e/ou mães.³³

Reconhecer esses vínculos, segundo a autora Berenice Dias,

[...] mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional [...]. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz respeito à dignidade e à afetividade. **O direito de uma criança ou adolescente ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social.** Sua identificação no mundo é indissociável

³² DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 52.

³³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 237.

daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma.³⁴
'G.N.'

Desse modo, é imperioso que o vínculo paterno-filial seja assegurado ao filho concebido inclusive por um casal formado por dois pais ou duas mães, mesmo porque deixar de estabelecer tal vínculo é uma omissão que traz prejuízos principalmente à própria criança, que estará impossibilitada de exercer seus direitos com relação a quem exerce o poder familiar.³⁵

Tem-se, portanto, que a questão envolve não apenas o direito da pessoa gay ou lésbica de ser pai ou mãe, respectivamente, mas também o direito do filho de ter sua família.

É garantia constitucional e também ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que a convivência familiar é um direito que lhes deve ser assegurado.

O art. 227 da Constituição Federal³⁶ preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, dentre outros direitos, o de conviver com seus familiares. O Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou em seu art. 4º³⁷ a máxima de que a convivência familiar deve ser assegurada aos menores.

De acordo com Andrade Maciel³⁸, a convivência familiar é o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente).

Para que se consiga efetivar tal direito, é uma presunção lógica a imprescindibilidade da garantia do direito à família em si, motivo pelo qual o reconhecimento da paternidade ou da maternidade em todas as configurações familiares deve ser resguardado.

Nas palavras de Berenice Dias,

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para a Justiça negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo magistrado, que cria

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 237.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 52.

³⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁷ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

³⁸ ANDRADE MACIEL, Kátia Regina F. L. Curso de direito da criança e do adolescente – Direito fundamental à convivência familiar. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 181

a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Como essa atividade legiferante ao caso concreto é determinada pela lei, não há que se falar em **ativismo judicial** sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, essa é a sua missão maior, constitui a função criadora da Justiça.

Por isso, as lacunas precisam ser **colmatadas**, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei. [...]

A lei processual impõe este dever (CPC 140): O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Os caminhos a serem percorridos são sinalizados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (4.º): **analogia, costumes e princípios gerais de direito**.³⁹

Haja vista que a ausência de lei não implica em ausência de direito⁴⁰, de tal modo que a paternidade e a maternidade exercida por gays e lésbicas não pode ser negada sob a escusa de omissão legislativa, os casais homoafetivos que recorrem à técnica de reprodução caseira se veem na necessidade de perquirir seu direito através do único meio atualmente possível: o Poder Judiciário.

5 A JUDICIALIZAÇÃO FAVORÁVEL DA MULTIPARENTALIDADE NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA

A despeito do estigma ainda existente com relação às entidades familiares formadas por casais homoafetivos, a jurisprudência tem se mostrado favorável ao reconhecimento da multiparentalidade existente nos casos de inseminação artificial caseira dessas famílias.

Foi nesse sentido, com base no reconhecimento da multiparentalidade, que o Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares reconheceu, em abril deste ano, a dupla maternidade de um casal lésbico.

No referido processo, as mulheres eram casadas e, diante do desejo comum de gerarem filhos e sem ter acesso às técnicas de reprodução assistida, recorreram à inseminação artificial caseira, realizada por elas mesmas e possibilitado pela doação anônima de sêmen.

A tentativa de inseminação, felizmente, foi bem sucedida. Acontece que ao tentar registrar a filiação do menor não foi possível fazer constar o nome das duas mães. De acordo com o Oficial do cartório, ao requerer os documentos indispensáveis ao registro que são exigidos pelo art. 16 do Provimento nº 63/17, a declarante informou que a inseminação

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 41.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 41.

realizada se deu de forma caseira, e não assistida, de modo que não possuía os documentos necessários.

A fim de resguardar os interesses do menor, seu registro de nascimento foi realizado constando somente o nome da mãe que o gestou, ficando a outra mãe excluída do registro.

Diante da recusa do Oficial, o casal ajuizou a ação de reconhecimento de maternidade cumulada com retificação de registro civil do menor.

O feito foi instruído com os documentos necessários, incluindo a certidão de casamento das autoras e fotos do período da gravidez e do parto, de maneira que assim decidiu o MM. Juiz:

Com efeito, a maternidade socioafetiva da primeira autora em relação ao menor restou demonstrada por meio dos documentos juntados, ao passo que o reconhecimento dessa condição foi postulado em conjunto com a mãe biológica.

A rigor, com a ressalva de meu entendimento pessoal acerca do tema, contrário à inclusão de mais de um pai ou mais de uma mãe no registro civil, o excelso Supremo Tribunal Federal fixou a tese no leading case RE 898060, com cláusula de repercussão geral, de que "*a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*" (Tema 622).

Logo, comprovada a pluriparentalidade, através da maternidade socioafetiva e também biológica, com a concordância de todos os interessados, não resta alternativa senão autorizar a retificação do registro, por força do precedente do Pretório Excelso, que reconheceu a existência da repercussão geral sobre a matéria, produzindo efeito vinculante, tanto no plano horizontal, na própria Corte, quanto no plano vertical, em relação aos demais tribunais, pois, embora proferido em controle difuso, é de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia vinculativa para todo o Poder Judiciário, conforme se extrai, inclusive, do disposto no art. 525, §12, do Código de Processo Civil.⁴¹

No ano de 2020, caso similar foi julgado pela 3ª Vara de Família da Comarca de Brasília.

Tratava-se também de um casal lésbico, casado desde 2015, que recorreu à técnica de reprodução caseira tendo em vista que a tentativa de reprodução assistida realizada no Hospital Materno Infantil de Brasília não obteve sucesso e não possuíam condições financeiras de custear nova inseminação artificial de forma assistida. A inseminação caseira foi exitosa.

No entanto, da mesma forma como no relato anterior, as mães não conseguiram realizar o registro de nascimento do filho menor do casal com a dupla maternidade, motivo pelo qual se dirigiram ao Judiciário com vistas a garantir esse direito. O Juiz do caso deu total

⁴¹ Processo nº 5004111-46.2021.8.13.0105, Comarca de Governador Valadares, Juiz de Direito Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira. Data da decisão: 15/04/2021.

procedência ao pedido, reconhecendo a multiparentalidade presente. Em síntese, foram nesses termos que se deu a decisão:

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1115428/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, nas informações adicionais fez constar: “É possível o reconhecimento da paternidade biológica quando comprovada a relação socioafetiva entre pai e filho. Isso porque está mais que consagrado pela jurisprudência e pela doutrina quanto a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Além disso, a filiação socioafetiva, com alicerce no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem" e outros meios decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. “

[...]

Depreende-se do relatório técnico nº 385-20, ID 78164680 e das demais provas anexas aos autos, que a maternidade socioafetiva desempenhada pela autora M.C.C.B é incontroversa. Do outro lado, verifica-se a atuação conjunta da mãe biológica na criação e desenvolvimento do requerido [o filho do casal], que possui quase um ano de vida. A relação entre a requerente, Sra. M.C.C.B, e o requerido vem sendo desenvolvida sob afeição, apreço e afinidade, com o propósito de estabelecimento de relação de filiação. [...] Assim, verifica-se que há de se resguardar prioritariamente os direitos de personalidade das partes e ser declarado o vínculo filial incontroverso, de acordo com a realidade fática trazida nos autos.⁴²

Outro caso análogo teve lugar no interior do Paraná, também em 2020. O Juiz de uma das Varas de Família da comarca decidiu pela procedência do pedido formulado pelo casal lésbico que gerou o filho por meio da técnica da autoinseminação e buscava a retificação do registro de nascimento do menor para fazer constar em seu assento o nome da mãe que não participou de sua cadeia biológica, mas certamente estava presente na relação afetiva.

Diferentemente das situações anteriores, o casal em tela não era casado, mas sim vivia em união estável. Tal fato não afastou o entendimento favorável do magistrado, que, de acordo com o a notícia publicada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,

[...] 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 no Provimento nº 63/2017-CNJ.

“Entende-se que impedir o reconhecimento da dupla maternidade no caso em exame por não ter a inseminação artificial sido realizada em uma clínica, centro ou serviço de reprodução humana violaria de forma frontal os princípios constitucionais da isonomia e da proteção à família, positivados nos artigos 5º, inciso I, e 226, caput, da Constituição Federal”, ponderou o Juiz.⁴³

⁴² Processo nº 0724641-93.2020.8.07.0016, Comarca de Brasília, Juiz de Direito Antônio Fernandes da Luz. Data da decisão: 05/02/2021.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Dupla maternidade: justiça estadual determina que criança gerada após inseminação artificial caseira seja registrada em nome de duas mães. Paraná, 2020. Disponível em:

O Juízo da 5ª Vara de Família da Comarca de Nova Iguaçu, em maio de 2021, julgou no mesmo sentido a pretensão de duas mães, casadas desde 2019, que conceberam seu filho por meio da técnica da inseminação artificial caseira, haja vista que, assim como com os outros casos narrados, elas também não tinham condições de arcar com o alto custo da inseminação artificial assistida.

O magistrado assim fundamentou a sentença:

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta a inseminação artificial realizada com intermediação médica através da Resolução 2168/17 do Conselho Federal de Medicina e do Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Não há previsão normativa acerca da chamada caseira.

[...]

O art. 140 do CPC prevê que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

A inexistência de previsão legal para determinadas situações não significa inexistência do direito em si. Deve o juiz, em casos assim, suprir o silêncio do legislador, sempre pautado nos princípios constitucionais.

[...]

A falta de regulamentação das inseminações ditas como "caseiras", induz à conclusão de que não exista óbice à pretensão.

Não há razão, assim, para que o registro de nascimento também não contemple a primeira requerente, esposa da mãe biológica, da mesma forma que ocorre quando um homem se declara pai de determinada criança. A dupla maternidade no assento de nascimento da criança preservará seu melhor interesse, assegurando-lhe todos os direitos decorrentes da filiação.⁴⁴

Da análise jurisprudencial aqui apresentada, é possível constatar que a utilização da técnica da autoinseminação tem sido cada vez mais recorrente, em decorrência, principalmente da não universalidade das possibilidades conceptivas existentes.

Todo esse conjunto fático explanado denuncia uma gama de desdobramentos “que compõem essa nova modalidade de procriação, portanto, carecedora de reflexões bioéticas e jurídicas, na medida em que são capazes de gerar consequências não claramente postas no âmbito normativo”⁴⁵, especialmente em se tratando das implicações no que tange a filiação.

https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=43952646&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=dupla-maternidade-justica-estadual-determina-que-crianca-gerada-apos-inseminacao-artificial-caseira-seja-registrada-em-nome-de-duas-maes&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dinsemina%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bcaseira%2Bduas%2Bm%25C3%25A3es%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true. Acesso em: 21 ago. 2021.

⁴⁴ Processo nº 0071548-48.2021.8.19.0001, Comarca de Nova Iguaçu, Juíza de Direito Mariana Moreira Tangari Baptista. Data da decisão: 17/05/2021.

⁴⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. Revista Brasileira de Direito Civil Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020. P. 106.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já asseverado, o registro das crianças tidas por meio da inseminação artificial caseira por casais gays e lésbicos, por extrapolar o conteúdo do Provimento nº 63/17 do Conselho Nacional de Justiça, não é possível de ser realizado pela via administrativa.

Não obstante, como já extensivamente demonstrado, a dupla maternidade ou paternidade não pode ser invisibilizada ante a ausência de norma que a regule, razão pela qual os casais que formam famílias multiparentais têm como única via de solução recorrer ao Poder Judiciário para poder exercer seu direito (e dever) parental.

Ocorre que em se tornando cada vez mais recorrente a utilização da técnica de autoinseminação para a formação da prole de casais homoafetivos, ter-se-á como consequência também o aumento da demanda pelo reconhecimento da maternidade ou paternidade através do judiciário.

No entanto, não faz sentido abarrotar as justiças de primeira instância com processos cujo direito que se busca ter resguardado já é certo e digno de respaldo legislativo a fim de que se possa efetivá-lo extrajudicialmente.

O fato é que a ausência de regulamentação dessas situações denuncia um estigma ainda muito presente no imaginário da sociedade com relação aos casais homoafetivos: a promiscuidade.

O Código Civil de 2002 – assim como todos os outros diplomas legais da seara cível do ordenamento jurídico brasileiro – segue um padrão heteronormativo, sendo o art. 1.597, especificamente, assim redigido:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do **marido**. ‘G.N.’

Perceba que a redação do artigo leva em consideração um casamento entre pessoas heterossexuais, atribuindo a presunção de filiação dos pais com relação aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga na constância do casamento.

Se tal presunção se dá com base na existência da sociedade conjugal, por que não aplicar essa presunção também aos casais homoafetivos casados ou em união estável, especialmente se levado em conta a jurisprudência firmada pelo STF e STJ? Não é forçoso

dizer que essa negação vem do estereótipo de promiscuidade ao qual as pessoas LGBTQIA+ foram associadas, em função de se singularizarem por características relacionadas ao sexo.

Não obstante seus direitos estejam em ascensão, seria ingenuidade não admitir que esses grupos ainda são marginalizados, e, mais ainda, são as famílias por eles formadas.

Nas palavras de Berenice Dias,

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa idéia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o bom desenvolvimento de uma criança. Também é alegado que a falta de referências comportamentais pode acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho, mas estudos realizados há longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.⁴⁶

Não fosse essa discriminação, a aplicação analógica do art. 1.597 do Código Civil às famílias homoparentais já poderia ser realizada. Como apropriadamente exarado pelo Juiz da 5ª Vara de Família da Comarca de Nova Iguaçu, não se justifica que o assento de nascimento do filho havido de uma relação lésbica, na qual uma das mulheres gerou a criança, não contemple ambas as mães que pretenderam a constituição dessa prole, vez que, em uma relação heterossexual, basta que o homem do relacionamento se declare como pai do infante para que a sua paternidade seja registrada. Não é por acaso que o mesmo não acontece com os homoafetivos.

A verdade biológica não mais interessa de forma primordial ao Direito das Famílias; frisa-se o afeto “e não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a filiação socioafetiva.”⁴⁷

Pra além de tudo, “negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste sequela: os filhos são deixados à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo.”⁴⁸

Toda essa situação denuncia, sobretudo, um preconceito econômico. O desejo das famílias, homoafetivas ou não, em gerar um filho com algum vínculo biológico fomenta um

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 53.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 52.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. P. 53/54.

mercado lucrativo, sendo o alto valor cobrado pelas clínicas e centros o fator determinante para que esses casais recorram à técnica de autoinseminação.

Apesar da viabilização das técnicas de reprodução humana assistida pelo SUS, a limitação da rede de atendimento público acaba por evidenciar que o acesso a essas técnicas é definido pelo poder de capital, o que cria óbices à efetivação do projeto parental para aqueles casais que não têm condições financeiras de arcar com as vias fornecidas pela rede privada de saúde⁴⁹.

Por certo, a questão não é tão simplória, há contrapontos a se analisar (como, por exemplo, a questão da segurança do procedimento caseiro pelo fato de ser realizado por leigos), mas certamente disciplinar normativamente a matéria é o meio mais adequado de dirimir suas controvérsias e assegurar o pleno exercício do direito à família a todas as pessoas, ao invés de dar por aceito que o planejamento familiar dos casais homoafetivos só poderá ser assegurado àqueles que têm acesso às tecnologias reprodutivas assistidas.

⁴⁹ BRAZ DE MATOS, Lucia Helena Ouvernei; ARAÚJO, Litiane Mottamarins. As desigualdades de acesso as técnicas de reprodução humana assistida. XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Salvador – BA. Conpedi, 2018. P. 146/148.

REFERÊNCIAS

MADALENO, Rolf. Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5).

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Curso de direito da criança e do adolescente : aspectos teóricos e práticos / Andréa Rodrigues Amin...[et al.] ; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Revista Bagoas. 2009. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n03art02_dias.pdf.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. Revista Brasileira de Direito Civil Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020.

BRAZ DE MATOS, Lucia Helena Ouvernei; ARAÚJO, Litiane Mottamarins. As desigualdades de acesso as técnicas de reprodução humana assistida. XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Salvador – BA. Conpedi, 2018.

DE SOUZA, Izabela Ribeiro; CUNHA, Mariana Swerts. Reprodução assistida: análise das consequências jurídicas da utilização da inseminação artificial caseira. Publicar-e : ebook dos resumos dos trabalhos de conclusão de curso do 2º semestre de 2019 das Faculdades Kennedy e Promove / organizadores, Frederico Divino e Silvino Santos. 3. ed.-- Belo Horizonte: NPP, Faculdades Promove e Faculdades Kennedy, 2019.

BUDAL ARINS, Ana Cláudia. DOAÇÃO DE MATERIAL REPRODUTIVO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E POSSÍVEIS REFLEXOS NA FILIAÇÃO. Orientador: Professor Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier. 2018. 62 f. TCC (graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

FERTIBABY – MEDICINA REPRODUTIVA. O que é inseminação artificial? Disponível em: <https://fertibabyceara.com.br/tratamentos-para-engravidar/inseminacao-artificial/>.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. IBGE divulga rendimento domiciliar per capita 2020. Publicado em 26/02/2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30129-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2020>.

LEMOS, Vinicius. Os brasileiros que doam esperma para inseminações caseiras. BBC Brasil, 29 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Dupla maternidade: justiça estadual determina que criança gerada após inseminação artificial caseira seja registrada em nome de duas mães. Paraná, 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=43952646&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=dupla-maternidade-justica-estadual-determina-que-crianca-gerada-apos-inseminacao-artificial-caseira-seja-registrada-em-nome-de-duas-maes&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dinsemina%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bcaseira%2Bduas%2Bm%25C3%25A3es%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. Portaria nº 426/GM/MS, 2005. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/13620.html>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

BRASIL. Lei nº 9.263/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm.

BRASIL. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>.

BRASIL. Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/kujrw0tzc2mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026.

STJ – Resp 1.183.378/RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 25/10/2011, T4 – Quarta Turma, Data de publicação: DJe 01/02/2012).

STF – ADI 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Plenário.

Processo nº 0724641-93.2020.8.07.0016, Comarca de Brasília, Juiz de Direito Antônio Fernandes da Luz. Data da decisão: 05/02/2021.

Processo nº 5004111-46.2021.8.13.0105, Comarca de Governador Valadares, Juiz de Direito Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira. Data da decisão: 15/04/2021.

Processo nº 0071548-48.2021.8.19.0001, Comarca de Nova Iguaçu, Juíza de Direito Mariana Moreira Tangari Baptista. Data da decisão: 17/05/2021.