

DIREITOS HUMANOS LGBTQIA+: DIREITO A CONSTITUIR FAMÍLIA E REALIZAR PLANEJAMENTO FAMILIAR

*Livia Navarro Silva Hortelan**
*Maria Cláudia Zaratini Maia***

RESUMO

Este trabalho versa sobre o direito humano e fundamental das pessoas LGBTQIA+ em constituir família e especificamente a situação de casais homoafetivos de mulheres que não conseguem gestar filhos de forma natural e optam pela inseminação caseira, prática que busca reproduzir em ambiente doméstico e sem intervenção médica a reprodução humana assistida, que não regulamentada, apesar de não ser ilegal. Buscou se, através da metodologia de revisão bibliográfica, demonstrar possíveis soluções para a omissão legislativa em relação a inseminação caseira, a fim de assegurar o direito dos casais homoafetivos constituir família, bem como, produzir a mínima segurança jurídica sobre o tema, para isso foi abordada breve parte histórica dos Direitos Humanos, em especial os direitos das pessoas LGBT, buscando enfoque no direito humano a constituir família e realizar planejamento familiar. Concluindo que a omissão legislativa acerca da prática em estudo, é grave

*Graduanda do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB

**Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE-Bauru, Doutora em Educação pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR, Advogada e Docente das Faculdades Integradas de Bauru- FIB

violação dos Direitos Humanos, pois não havendo legislação que conduza essas relações familiares, as mesmas precisam se socorrer ao judiciário, e mais uma vez não existindo condutor para essas decisões, as mesmas ficam à mercê do livre arbítrio domagistrado, influenciados por seus valores pessoais.

Palavras-chave: Direitos Humanos LGBTQIA+; Direito a Constituir Família; Planejamento Familiar.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos podem ser definidos como grupo de direitos que buscam possibilitar a sobrevivência digna para todas as pessoas, sem exceção. Porém, apesar de serem destinados a toda e qualquer pessoa, há grupos historicamente excluídas da garantia de direitos, como por exemplo a população LGBTQIA+¹.

Um dos direitos humanos é o direito de constituir família, previsto desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, mas que só recentemente foi estendido, por meio de decisões judiciais, à população LGBTQIA+.

Ao longo da história a família sofreu alterações em seu conceito e em suas formas de constituição, se tradicionalmente era constituída apenas entre homens e mulheres através do matrimônio, ganhou maior abrangência após ser consagrado o princípio da afetividade. Por força do referido princípio, as relações familiares passaram a não ser regidas apenas por vínculos biológicos e deu espaço ao afeto, possibilitando àqueles que não poderiam gerar filhos entre si, poderem utilizar-se de outras formas de planejamento familiar para a constituição de família.

Foi o que passou a ocorrer com casais homoafetivos de mulheres que utilizam a inseminação caseira como forma de planejamento familiar, mas que, diante da ausência de regulamentação de tal prática, passaram a encontrar dificuldades para registrar seus filhos com dupla maternidade, necessitando buscar o Judiciário.

1 LGBTQIA+ é a sigla para lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, “queer” (quem transita entre as noções de gênero), intersexo, assexuais e outras variações (representadas pelo +) Fonte: Agência Câmara de Notícias em <https://www.camara.leg.br/noticias/774841-defensores-de-direitos-lgbtqia-pedem-sistemas-mais-inclusivos/> Acesso em 20 de janeiro de 2023

Assim, o objetivo deste trabalho foi analisar se tal direito está assegurado como um direito humano fundamental e qual o posicionamento do Poder Judiciário paulista em casos como estes. Foi realizada pesquisa bibliográfica e documental com acesso às decisões judiciais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, selecionando as buscas no período entre os anos de 2016 e 2022.

DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

Os direitos humanos foram direitos historicamente conquistados pela humanidade para proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões e estão em processo de constante construção.

É importante enfatizar a escolha pela utilização da sigla LGBTQIA+ ocorreu porque ela é mais abrangente, apesar de a sigla utilizada nos documentos internacionais ainda ser LGBT.

O marco histórico da luta pelos direitos humanos LGBTQIA+ ocorreu nos Estados Unidos e ficou conhecido como Stonewall Uprising. Nos Estados Unidos, na década de 1960, os atos homoafetivos eram considerados ilegais e tal ilegalidade se estendia em grande parte do território mundial (GORISCH, 2014).

Na época era comum encontrar clínicas especializadas em “tratar” pessoas homoafetivas, as técnicas de tratamento consistiam em métodos de tortura, como, porexemplo, a aplicação de choque, castração e lobotomia, e diante da desumanidade de tais “tratamentos” a clínica de maior destaque da época ficou conhecida como Dachau dos homossexuais (GORISCH, 2014).

Em 1969, em Nova Iorque, o então prefeito, ordenou o fechamento do Bar Stonewall, frequentado pelo público LGBT e durante a invasão policial, todos os presentes foram submetidos a voz de prisão. Uma mulher se rebelou contra os policiais e foi espancada quase até a morte e os demais presentes, indignados, reagiram à violência. Tamanha foi a proporção que pessoas que passavam pela rua ouviram os gritos e fecharam a entrada do bar com barricadas e fogo e todo conflito pendurou por duas noites (GORISCH, 2014).

Ao fim, foi organizada uma passeata para visibilidade e exigência de direitos para a população LGBT e o evento foi a primeira Parada do Orgulho LGBT (GORISCH, 2014), dando início ao movimento de reivindicação de direitos.

Todavia, é certo que em referido momento histórico já havia sido aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 que previa que a todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, deveriam ser assegurados direitos mínimos, pautados na igualdade e na não discriminação.

Ainda, no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos o princípio da não discriminação e da igualdade também estava previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) em seus artigos 2º, 4º e 26. A respeito do artigo 2º, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral nº 20, inclui a orientação sexual em seu rol, assim, os Estados partes devem assegurar que a orientação sexual de uma pessoa não pode ser considerada obstáculo para seu pleno acesso aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2018)

Assim, o Estado deve assegurar o pleno exercício de direitos a todos os cidadãos, e se o Estado permite que ocorra a discriminação pela orientação sexual através da ausência de igualdade e oportunidades, viola os Direitos Humanos de liberdade, não discriminação, intimidade e direito à vida.

Em seu estudo, Patricia Gorisch (2014, p. 70), defende que “o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de quarta geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente”.

Ao olhar jurídico, o combate à discriminação por orientação sexual ganha força a partir da década de 1990, segundo Flávia Piovesan (2018):

A inovadora jurisprudência global e regional tem sido capaz de romper com a indiferença às diferenças, na afirmação do direito à igualdade com respeito à diversidade. Os direitos humanos simbolizam o idioma da alteridade: ver no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre autônoma e plena. É a ética pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano” (PIOVESAN, 2018, p. 529): Em âmbito internacional, no ano de 2006, foram elaborados os Princípios de Yogyakarta, que abordou como os principais instrumentos internacionais de direitos humanos podem e devem ser aplicados nas questões referentes a violência decorrente da diversidade sexual e orientação sexual. (ONU, 2007).

Importante destacar que o referido documento não estabeleceu a criação de novos direitos humanos voltados as pessoas LGBTs, apenas reafirmou que os direitos humanos já existentes devem ser assegurados a todas as pessoas, uma vez que se trata de direitos natos e preciosos. (ONU, 2007).

Por fim, cabe destacar que em 2017 o Conselho de Direitos Humanos da ONU, através da resolução A/HRC/17/L.9/Rev1, reconheceu que os Direitos LGBT são parte integrante dos Direitos Humanos.

2.1 DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA E PLANEJAMENTO FAMILIAR DE CASAS HOMOAFETIVOS

O Direito Humano e Fundamental à Constituição de Família está internacionalmente e nacionalmente consagrado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seus artigos 12 e 16, prevê que homens e mulheres, maiores de idade, são livres para contrair matrimônio e constituir família, sem sofrer qualquer discriminação de raça, nacionalidade e religião, sendo que, para sua validade o matrimônio deve ser contraído perante a livre vontade de ambos os nubentes. Ainda acrescenta que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, devendo assim gozar de proteção do Estado, porém tal proteção não deve se estender a interferência na vida privada dos envolvidos, uma vez que a mesma Declaração afirma que ninguém deverá se sujeitar a interferência em suas relações familiares e pessoais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Na mesma perspectiva, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 23, qualifica a família como elemento natural e fundamental da sociedade. Sobre o referido dispositivo, cabe apontar a Observação Geral nº 19 do Comitê de Direitos Humanos, que reafirmou a necessidade de medidas que visassem a aplicação e proteção dos direitos humanos nas relações familiares, bem como, ampliou o entendimento do conceito de família, entendendo que, se um grupo de pessoas é considerado família pela prática de um Estado, essa deve ser objeto de proteção do referido dispositivo, devendo os Estados expressamente se manifestarem sobre como suas legislações reconhecem e protegem a diversidade familiar (OLIVEIRA e LAZARI, 2019).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em seu artigo 6º, pontua o direito de constituir família como direito fundamental da sociedade. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 17, frisa, além dos conceitos e apontamentos já trazidos, o direito de não discriminação entre os entes familiares (OLIVEIRA e LAZARI, 2019).

É importante ressaltar que o conceito de família, segundo as palavras de Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2019) é constitucionalmente incompleto, se tratando de uma interpretação maximizada, sendo necessário para sua compreensão a adoção de perspectivas eudemonistas, ou seja, compreensões que busquem a essência da felicidade, levando em consideração critérios biológicos e sócio afetivo.

No âmbito nacional, como bem destaca Maria Berenice Dias (2021), a Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo, como valor supremo da República, o livre acesso aos direitos individuais e sociais, bem como enfatiza que todos são iguais perante a lei, vedando assim qualquer discriminação por motivos de raça, origem, sexo ou etnia. A Constituição Federal de 1988 vai além, ao assegurar proteção à entidade familiar, bem como, aos seus membros, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Segundo Maria Berenice Dias (2021), a Constituição Federal, no artigo 226, ao falar da família, não exige que o casamento seja entre pessoas de sexo distintos. De igual importância, destaca que o Código Civil, não exige como requisito de validade que os nubentes sejam de sexo opostos, porque ao se referir aos impedimentos do casamento, em nenhum momento é citado o sexo ou orientação sexual dos nubentes.

A Constituição Federal ampliou o conceito de família, ao utilizar em seu artigo 226 a expressão “entidade familiar”, estendendo o reconhecimento como família, da união estável. Maria Berenice Dias (2021), defende que o referido artigo apesar de ser voltado especialmente para o reconhecimento das famílias monoparentais, não deve ser interpretado de forma estrita, assim, estendendo seu entendimento a todas as formas de convívio, dentre elas a união homoafetiva.

A luta pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar sofreu grandes avanços nas últimas décadas. No ano de 1998, o Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão da qual reconheceu a união homoafetiva como sociedade de fato e tal posicionamento foi um marco, pois quebrava o paradigma de que era ilegal ser homoafetivo, e fixou ao parceiro

o direito a metade do patrimônio adquirido pelo casal. (STJ - REsp: 148897 MG 1997/0066124-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 10.02.1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/04/1998 p. 132) (BRASIL, 1998).

Em 1999, a Justiça Gaúcha, deu importante passo, ao incluir entre as competências dos juizados especializados da família a apreciação das causas relacionadas a união homoafetivas (DIAS, 2021). Já no ano de 2001, o Rio Grande do Sul, ao julgar o AC 70001388982 do TJRS, proferiu a primeira decisão brasileira reconhecendo como entidade familiar o relacionamento homoafetivo, fixando ao parceiro sobrevivente o direito à herança. (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

Também no ano de 2001, o Tribunal Superior Eleitoral, através do Resp. Eleitoral 24.564, determinou que a parceira de uma ocupante de cargo eletivo deveriaser atingida pela inexigibilidade, por se tratar a união homoafetiva, de uma união estável (DIAS, 2021).

Nos “Princípios de Yogyakarta”, o princípio 24, prevê o Direito de constituir família, em que toda pessoaindependentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero possui o direitode constituir família, devendo todas as formas de famílias serem respeitadas, vedandoà discriminação de qualquer de seus membros por orientação sexual ou identidade de gênero. Devendo o Estado criar medidas legislativas, administrativas e qualquer outras necessárias a fim de assegurar o direito de constituir família, incluído a prática de adoção e procriação assistida (ONU, 2007).

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 889852 RS 2006/0209137-4, concedeu a requente a adoção unilateral dos filhos, os quais já haviam sido adotados anteriormente pela companheira (BRASIL, 2010).

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, através de audiência conjunta, julgou a Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/2008 e a Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/2009, ambas ações visavam a equiparação da união homoafetiva às uniões estáveis, bem como a suspensão de todas as ações e efeitos em sentidos opostos. O julgamento foi julgado procedente por unanimidade dos votos, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição Federal, excluindo qualquer impedimento para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidosos requisitos necessários (MADALENO, 2020).

A jurisprudência, a partir de tal decisão, começou a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento, fato que impulsionou o Supremo Tribunal de Justiça deferir a habilitação direta para o casamento (DIAS, 2021).

E, finalmente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 175, e determinou que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Desde então está assegurado o direito dos casais homoafetivos constituírem família por meio de união estável ou ainda pelo casamento civil.

3 PROJETOS PARENTAIS ADOTADOS POR PESSOAS LGBTQIA+

Apesar da atual possibilidade de reconhecimento formal das famílias homoafetivas, inclusive com o casamento, ainda há obstáculos quanto à forma que essas famílias serão constituídas. Isto porque por questões biológicas, os casais homoafetivos são impossibilitados de gerar filhos de forma natural, sendo necessário para a realização de processo de adoção ou a utilização de procedimentos de reprodução humana assistida.

Devido a delimitação do tema, a problemática do presente trabalho girará em torno da realização da inseminação caseira, em outras palavras, da técnica que busca repetir os procedimentos da inseminação artificial, porém em ambiente doméstico e sem supervisão de um profissional da saúde especializado.

A prática é utilizada por casais homoafetivos de mulheres que fazem uso do sêmen de um doador conhecido. O procedimento consiste na coleta do sêmen do doador em um recipiente esterilizado, que será introduzido no corpo da futura gestante através do auxílio de uma seringa ou aplicador ginecológico, com objetivo da fecundação.

E, os casais acabam optando por essa forma de fertilização porque os custos para a realização de reprodução humana assistida, por meio de clínicas tem um alto custo e podem variar de acordo com a idade da gestante e a técnica escolhida, por exemplo, o custo da fertilização *in vitro*, no ano de 2022, pode variar de R\$ 8.500,00 até R\$ 30.000,00 (CARTÃO SUS, 2022). Importante destacar que os procedimentos não possuem eficácia de 100%, devendo em muitos casos ser realizado diversos ciclos de fertilização até que seja viabilizada a almejada gestação.

Em 2005, o Ministério da Saúde, publicou a Portaria nº 426/GM, que lançou a política nacional de atenção a Reprodução Assistida no âmbito do SUS (MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, 2005).

Apesar de tal portaria prever a gratuidade do procedimento, a realidade se encontra distante do almejado, já que os medicamentos necessários durante todo o tratamento não são distribuídos pelo SUS, devendo o paciente arcar com seus custos(AZEVEDO, 2018).

A partir da leitura da referida portaria, é possível concluir que a mesma faz referência aos casais inférteis, portadores de doenças genéticas ou portadores de doenças infecto-contagiosas, sendo, para a Organização Mundial da Saúde, casal infértil, aquele que mantém relações sexuais sem uso de nenhum método contraceptivo durante 12 meses e que dessas relações não ocorra a gravidez (MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, 2005), sendo assim os casais homoafetivos não podem se enquadrar na referida descrição, sendo esse um conceito heteronormativo, causando um descompasso com a realidade social e as transformações históricas que vem modificando as entidades familiares, como já abordado.

Devido ao alto custo do procedimento realizado em clínicas particulares e a ineficiência do Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a inseminação humana caseira, tem surgido como uma solução para os que sonham em realizar a maternidade através da gestação direta.

A inseminação caseira não se encontra regulamentada por nenhuma lei ou norma deontológica, devendo ainda acrescentar que sua prática não se encontra impedida e nem criminalizada, pois não está tipificada perante o ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2020).

Mas, a ausência de regulamentação específica acaba por dificultar o registro da criança com a dupla maternidade.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, inciso III e IV, considera como filhos concebidos na constância do casamento, os filhos advindos da prática de fertilização assistida homóloga, já no inciso V, do referido artigo, admite que os filhos advindos da fertilização heteróloga, terá a filiação presumida quando o companheiro ou companheira, nos casos de casais homoafetivos, concordar previamente com a realização do devido procedimento (BRASIL, 2002).

As normas existentes em relação as práticas de reprodução humana assistidas são normativas realizadas pelo Conselho Federal de Medicina, sendo essa

uma das explicações sobre a lacuna existente em relação a prática caseira, uma vez que não envolve atividade médica e nem o ambiente hospital motivo esse pelo qual deve o Legislativo atuar sobre, pois todas as questões relacionadas a prática de inseminação caseira são discutidas perante o judiciário (ARAÚJO, 2020).

O Provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça, editado em 2016, posteriormente editado pelo Provimento nº 63 de 2017, visou regulamentar o registro de nascimento e emissão da certidão de nascimento dos filhos advindos da reprodução humana assistida. A partir de sua análise é possível concluir que o registro civil e o assentamento de filhos advindos dessa técnica independentemente de prévia autorização judicial, não devendo ser considerado como óbice a natureza do relacionamento dos pais, apenas importando que os mesmos sejam casados ou vivam em união estável (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O artigo 17 do já mencionado provimento, elenca o rol dos documentos necessários para a emissão da certidão de nascimento, sendo eles, a declaração de nascido vivo, a declaração com firma reconhecida do diretor técnico da clínica, centro médico ou serviço de reprodução humana em que foi realizado a reprodução humana assistida, indicando os procedimentos empregados e o nome de seus beneficiários, a certidão de casamento, conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que a união estável foi reconhecida (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

E por ser realizado em ambiente doméstico e sem a supervisão médica se restaprejudicado a existência da declaração com firma reconhecida do diretor técnico responsável pelo procedimento, e sendo esse um dos documentos exigidos para emissão de certidão de nascimento e reconhecimento da filiação, o reconhecimento da maternidade da mãe não-gestante se resta prejudicada. Nesses casos a judicialização se torna necessária.

3.1 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Diante dos obstáculos enfrentados na esfera administrativa, os casais de mulheres que buscam o reconhecimento da dupla maternidade proveniente da inseminação caseira, são obrigados a recorrerem ao Judiciário.

Assim, para buscar compreender a situação de insegurança jurídica em que se encontram os casais de mulheres nessa situação, analisou-se as decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo no período de 2016 a 2022 por meio da pesquisa livre, no portal eletrônico do Tribunal utilizando a expressão “inseminação caseira”, para a busca de jurisprudência. A busca encontrou treze decisões.

Das decisões encontradas seis adotaram posicionamento favorável ao registro da criança com dupla maternidade, já cinco adotaram posicionamento desfavorável, sendo que, ambos posicionamentos, serão brevemente analisados a seguir. Já duas das decisões, apesar de serem resultado da pesquisa, não se referem ao tema em estudo e não foram analisadas.

Tendo em vista que o objetivo do trabalho não é a análise de todas as decisões, a seguir serão colacionados trechos das decisões que apresentam argumentos importantes para o trabalho, e que demonstram a insegurança gerada pela omissão legislativa em relação a inseminação artificial caseira.

A Apelação Cível de nº 1002159-73.2022.8.26.0309, julgada em 18 de agosto de 2022, deu provimento ao recurso das autoras para determinar a análise do processo em primeira instância, já que a petição inicial havia sido indeferida, conforme ementa a seguir transcrita:

Inseminação artificial caseira. Ausência do documento exigido pelo Provimento 63/2017 (art. 17, II) editado pelo CNJ. Interpretação que deve ser harmoniosa com todos os valores e princípios jurídicos dos envolvidos, inclusive a criança. Inadmissibilidade de bloquear acesso à jurisdição efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), com indeferimento da inicial, porque os interessados não utilizaram de clínica de reprodução humana ou não obtiveram cadastro oficial para identificação do doador e isso não poderá inviabilizar o projeto do casal homoafetivo. Provimento, para que a ação prossiga, realizadas as provas pertinentes.
(TJSP; Apelação Cível 1002159-73.2022.8.26.0309; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/08/2022; Data de Registro: 18/08/2022)

A Procuradoria Geral da Justiça se manifestou no recurso nos seguintes termos “os interesses do menor são mais valiosos e justificam uma decisão sobre o que seria melhor ou mais vantajoso para o seu status social, afirmando que pessoas que optam por inseminação artificial caseira também são dignas de proteção jurídica”.

Nas palavras do Relator o Provimento nº 63 de 2017 do CNJ é importante intervenção na busca pela segurança do procedimento da reprodução humana assistida. Porém é inegável que em uma “sociedade marcada por desarranjos sociais inocultáveis, a normatização, por mais jurídica e honesta pelos seus fins sociais, acabou por criar mais uma diferença de classe entre as pessoas”.

O Relator reconhece a ausência do documento exigido pelo Provimento, porém entende que indeferir a inicial por ausência documental apaga “todos os demais projetos sensíveis da regularidade existencial do menor nascido de inseminação artificial caseira”. Defende que o reconhecimento da dupla maternidade e assegura os direitos previstos nas decisões do STF na ADT 4277 e ADPF 132.

Não se tem informação da decisão final em primeira instância porque o processo tramita em segredo de justiça, todavia, demonstra a insegurança das mães em terem seu pedido atendido.

A apelação Cível nº 1002282-49.2020.8.26.0533, julgada em 07 de abril de 2022, deu provimento ao recurso para reconhecer a dupla maternidade, conforme ementa a seguir:

APELAÇÃO. Averbação de dupla maternidade de filho de mãe biológica, casada com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial caseira. Sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do CPC. Superveniente nascimento do menor. Entendimento do C. STJ e STF pela inexistência de óbice quanto ao reconhecimento por autorização judicial, sem natureza contenciosa, de dupla maternidade no registro de nascimento. Pareceres denºs 336/2014-E e 355/2014-E, da CGJ. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1002282-49.2020.8.26.0533; Relator (a): Ana Zomer; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022).

Em primeiro grau a ação foi extinta sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil (ausência de legitimidade ou interesse processual). Ação foi movida com intuito da expedição de alvará para lavrarem o registro do nascituro em nome das suas mães, a criança nasceu durante o curso do processo, e teve o registro da dupla maternidade negado pelo Cartório de Registro Civil pela “indispensabilidade de apresentação de documento emitido por diretor técnico de clínica, centro ou serviço de re-

produção humana, consoante Provimento de nº 63, do CNJ”

As mães vivem em união estável desde 2009, no ano de 2018 contraíram matrimônio, sendo que em 2017 nasceu o primeiro filho do casal, também concebido por inseminação artificial caseira, e que já estava registrado em nome das duas mães. As mães alegaram que a ausência do registro da criança em nome de ambas excluiu a criança de diversos direitos, dentre eles o acesso ao plano de saúde da família.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou a favor do provimento do Recurso. O Relator defendeu o reconhecimento do estado de filho através da afetividade, sendo a maternidade biológica e a socioafetiva detentora de igualdade jurídica, não devendo se falar em hierarquia apriorística, acrescentando que:

[..] a possibilidade de reconhecimento voluntário da maternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica da filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, garantem os mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação, ex vi do artigo 1.596, do Código Civil.

Enfatiza que apesar da ausência documental prevista no Provimento de nº 63 do CNJ, o caso em concreto se trata do reconhecimento da maternidade socioafetiva da criança, que deve, “sem quaisquer questionamentos, se sobrepor ao aspecto burocrático das fórmulas acima pontuadas”.

E, fundamentou:

[...] se o reconhecimento de filho por vínculo biológico não exige qualquer comprovação por documentação, seria discriminatório reivindicar um procedimento judicial para o reconhecimento de filho por socioafetividade. Por fim, entendeu necessário prestigiar a boa-fé das partes interessadas, a igualdade de filiação e os princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana, privilegiando-se assim, a efetiva lavratura do assento de nascimento de filhos de casais homoafetivos, com a mínima intervenção estatal.

Assim foi determinado o registro da criança em nome de ambas as genitoras, bem como o reconhecimento de seus ascendentes, tais como avós e avós.

Em contraste com as decisões acima comentadas, serão apresentados dois julgados que se posicionam contrariamente ao direito da dupla maternidade proveniente da inseminação caseira.

Apelação Cível nº 1001350-16.2022.8.26.0008, julgada em 30 de junho de 2022, deu provimento ao recurso do Ministério Público nos seguintes termos:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA MATERNIDADE – Procedência –

Insurgência do Ministério Público – Cabimento – Autoras que pretendem a declaração de dupla maternidade do filho que está sendo gerado pela coautora F.E. – Provimento nº 63/2017, do CNJ, que dispõe sobre o registro de nascimento dos filhos gerados por reprodução assistida, sem disciplina legal para a hipótese de “inseminação caseira” – Ainda que seja possível o reconhecimento da maternidade socioafetiva da coautora S. em relação ao/à filho/a que está sendo gerado/a por F.E., é necessário considerar que se trata de um nascituro, desprovido de personalidade civil, e que apenas os interesses das autoras está sendo trazido a debate – Direito de reconhecimento à ancestralidade que deve ser preservado (CC, art. 2º, partefinal) – Improcedência da ação que é medida de rigor – RECURSO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1001350-16.2022.8.26.0008; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/06/2022; Data de Registro: 30/06/2022)

O Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu da sentença em primeiro grau que julgou procedente a ação declaratória de dupla maternidade, cumulada com pedido de alvará judicial. Em suas considerações alegou “que o registro da criança, como requerido, só é possível se for cumprida a exigência prevista no art. 17, II, do Provimento nº 63/2007, do Conselho Nacional de Justiça, que exige a comprovação da realização de reprodução assistida”, acrescentando que a doação particular de sêmen não é prevista em lei e que a maternidade socioafetiva só pode ser reconhecida após “a comprovação da convivência contínua e diária”.

O Relator entendeu que o recurso deveria ser provido, julgando improcedente a sentença de primeiro grau, em sua argumentação enfatizou que “independentemente de se tratar de um casal homoafetivo, é fato que inexistente qualquer disciplina legal para o registro de nascimento na hipótese de “inseminação caseira”. Esclareceu ainda, que:

[...] é possível o posterior reconhecimento da maternidade socioafetiva da coautora S. em relação ao filho que está sendo gerado por F.E. (art. 1.593, do Código Civil). No entanto, deve-se levar em consideração que, antes do interesse ou do direito das coautoras, estão sendo trazidos interesses ou direitos do nascituro (...).

[...]

O art. 2º, do Código Civil, prevê que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ainda que se considere a salvaguarda dos direitos do nascituro desde a concepção- perspectiva não invocada na demanda, bem como o planejamento familiar defendido pelas autoras, é necessário considerar, ao lado do invocado direito das coautoras, o direito da criança que está sendo gerada ao reconhecimento de sua ancestralidade.

O método informal adotado pelas autoras ainda não é regulado no ordenamento, tampouco e ao que se sabe, é disposto na literatura médica.

Já na Apelação Cível nº 1007450-30.2021.8.26.0005, julgada em 03 de setembro de 2021, também foi negada a dupla maternidade:

APELAÇÃO CÍVEL – Declaratória – Autoras que formam um casal homoafetivo e realizaram inseminação artificial caseira (autoinseminação), ensejando na gravidez de uma delas, com expectativa de parto em 21/08/2021 – Pretensão de “declaração futura acerca do estado do feto após parto”, constando ambas as autoras como suas genitoras e ascendentes, sem qualquer distinção para a posterior lavratura da certidão de nascimento da criança, ou, subsidiariamente, de autorização para a lavratura de certidão de nascimento do nascituro em nome de ambas – Insurgência contra sentença de extinção sem resolução de mérito por falta de interesse de agir, conforme artigos 330, III, e 485, I, do CPC – Não acolhimento – Inviabilidade de se emitir a declaração pretendida no sentido de se reconhecer, antes do nascimento, a relação socioafetiva (que pressupõe ao menos dois sujeitos de direito) com a requerente não gestante e assim autorizar que no (futuro) registro civil de nascimento também conste o nome dela como genitoras/ ascendente – A despeito das questões relacionadas ao procedimento caseiro adotado pelas apelantes, ainda não regulamentado no ordenamento pátrio, o que impede o acolhimento da pretensão inicial é, de fato, a ausência de interesse de agir, pois a situação envolver sujeito ainda desprovido de personalidade jurídica e de direitos, sendo o nascituro detentor de meras expectativas de direitos - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1007450-30.2021.8.26.0005; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 03/09/2021; Data de Registro: 03/09/2021).

Em primeiro grau a ação foi julgada extinta, sem resolução de mérito, fundamento nos artigos 330, inciso III, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

O Relator esclareceu “ser despciendo o debate a respeito da possibilidade da dupla maternidade, isto é, da inclusão do nome de duas mães no registro de nascimento de uma criança”, uma vez já reconhecida e consolidada a hipótese da parentalidade socioafetiva. Porém, deve ser analisado, nas palavras do Relator, que o caso concreto “diz respeito a um nascituro, desprovido de personalidade jurídica e de direitos, sendo detentor apenas de expectativas de direitos”, sendo por esse argumento, impossível reconhecer a relação socioafetiva, pois para o reconhecimento de tal relação deve existir ao menos dois sujeitos de direito.

Ao final ainda foi acrescentado pelo Relator que:

Desnecessário se adentrar nas questões relacionadas ao procedimento caseiro adotado pelas apelantes, ainda não regulamentado no ordenamento pátrio, pois o ponto fulcral que impede o acolhimento da pretensão inicial pelos mesmos fundamentos apontados em primeira instância reside no fato de a situação envolver sujeito ainda desprovido de personalidade jurídica e de direitos.

Importante destacar, que durante o processamento do recurso, as apelantes informaram o nascimento da criança, o que afastaria a alegação de ausência de personalidade jurídica, porém, foi proferido o seguinte posicionamento e por fim foi negado o provimento ao recurso e mantida a sentença de primeiro grau.

Quanto as alegações de fls. 93/97, trazendo informações sobre o nascimento da criança anoto que, não obstante este acontecimento, a decisão em segundo grau deve analisar se a sentença, quando prolatada, estava correta ou não. E ela estava. De forma que eventuais mudanças de situações fáticas não tem o condão de transmudar “o decisum”, nomeadamente quando o que analisado era questão ainda não concretizada, que ensejou extinção do processo sem julgamento do mérito. Por outro lado, em que pesem as alegações das autoras de que os Cartórios não farão o registro pretendido, ofato é que não há nos autos nenhum elemento concreto que robusteça tal afirmação. Para que o pleito possa ser efetivamente analisado, é preciso prova da negativa do Cartório. Dizer, abstratamente, que haverá a negativa é mera ilação, insuficiente para o acolhimento da pretensão.

Os julgados acima expostos foram trazidos e analisados com um único objetivo, demonstrar a insegurança jurídica acerca do registro civil das crianças fruto de inseminação artificial caseira, sendo possível demonstrar a divergência de posicionamento do judiciário paulista acerca do mesmo tema.

A omissão legislativa proporciona o livre arbítrio dos julgadores e outros profissionais do direito, sendo as decisões influenciadas por valores pessoais, mesmo que se defenda a neutralidade e a imparcialidade dos julgadores.

Diante da mesma omissão, dois casos foram decididos de forma divergente, em um deles entendeu-se que a omissão jamais deverá ser usada de justificativa para limitar o direito a dignidade, já em outro, defendeu-se que se não há regulamentação da prática da inseminação caseira, não há em que se falar em direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de os Direitos Humanos serem universais, a extensão de tais direitos à população LGBTQIA+ é uma conquista recente da humanidade, pois historicamente esse grupo de pessoas teve sua existência limitada e até criminalizada por sua orientação sexual.

Estado possui o dever de proteger e incentivar as realizações familiares de seus cidadãos, e para isso não basta se omitir de interferências, é preciso criar ações e políticas públicas que viabilizem a felicidade das pessoas, levando em consideração as que tem valores importantes para a comunidade e os indivíduos.

Neste sentido, os casais homoafetivos ao constituírem família, devem ter assegurado o direito de ter ou não filhos e na impossibilidade biológica de ter filhos de forma natural, não podem ser impedidos de utilizar métodos como da inseminação caseira, que não é proibida, apesar de não regulamentada.

Os casais de mulheres que realizam a referida prática, em regra não enfrentam problemas relacionados gestação, os empecilhos ocorrem ao tentarem registrar seus filhos com a dupla maternidade.

Isto porque, o Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 52 de 2016, que regula a emissão do registro de nascimento e filiação de filhos advindos de

reprodução humana assistida, exige para a emissão da certidão de nascimento em nome de ambos os pais ou mães a apresentação de certidão com firma reconhecida do diretor técnico responsável pelo procedimento, o que impossível no caso da inseminação caseira, obrigando os casais à recorrerem ao Poder Judiciário, que como demonstrado a título de exemplo no Judiciário Paulista, não é unânime em autorizar o registro com dupla maternidade.

Portanto, a omissão legislativa acerca da inseminação caseira é uma violação de Direitos Humanos e a sugestão seria a criação de uma legislação específica que inclua também a prática da inseminação caseira, como opção aos casais homoafetivos para determinar a possibilidade do registro desses filhos com a dupla maternidade.

Importante frisar que o direito ao reconhecimento da dupla maternidade, mesmo em casos de inseminação caseira, já estaria assegurado por diversos outros Direitos humanos, que ao longo do trabalho foram expostos, porém mesmo já existindo essas previsões a violação dos direitos ocorreram.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. *Projetos parentais por meio de inseminação caseira: uma análise bioético-jurídica*. Revista Brasileira de Direito Civil (RBD-Civil). Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/453>. Acesso em: 10 mar. 2022.

AZEVEDO, Julia Betini Ferreira. *As famílias homoafetivas e o seu acesso ao planejamento familiar por meio das técnicas de reprodução assistida*. 2018. Monografia. (Graduação Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2018. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/16487>. Acesso em: 24 de ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 4 de fevereiro de 1997; Fernando Henrique Cardoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 08 de ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 de set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 08 de ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – *Recurso Especial: 148897 MG 1997/0066124-5*, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 10.02.1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/04/1998 p. 132). 1998. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>. Acesso em: 20 de mai. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça – *Recurso Especial: 889852 RS 2006/0209137-4*, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27.04.2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>. Acesso em: 24 de mai. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - *Recurso Especial: 1000356 SP* 2007/0252697-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25.05.2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data da Publicação: DJe 07.06.2010). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277*. Distrito Federal, Relator: Mistro Ayres Britto, Data de Julgamento: 13.10.2011, Data de Publicação: 14.10.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

Acesso em: 21 de jul. de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Tema 0622*. Título: Prevalência da Paternidade socioafetiva e detrimento da biológica. Data da Repercussão Geral: 21.10.2015. Trânsito em julgado: 06.06.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=622> acesso em 04 de jul. de 2022

CARTÃO SUS. Como conseguir tratamento de infertilidade: *Fertilização in vitro pelo SUS 2022*. Disponível em <https://cartaodosus.info/fertilizacao-in-vitro-pelo-sus/>. Acesso em 20 de jul. de 2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento N° 63 de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade [...]. Brasília, 20 de novembro de 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 05 de nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Resolução n.175*, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 24 de mai. de 2022.

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

GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewal à Onu*. Curitiba: Appris, 2014.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN978-85-309-8795-4. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/44604/4021-Direito-de-Família-Rolf-Madaleno-2020.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE. *Portaria N° 426/GM*. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. 22 de março de 2005. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_426.pdf. Acesso em: 10 de ago. 2022.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos* volume único. 5 ed. rev., atual e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

ONU. *Princípios de Yogyakarta*. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Jun. de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 mai. 2022.

PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual dos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 21, p. 510-529.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, *Apelação Cível nº 70001388982*, Sétima Câmara Cível, Relator: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, Data de julgamento em 14.03.2001. 2001. Disponível em: <http://berenedias.com.br/wp-content/uploads/2021/12/2001.03.14-TJRS-AC-70001388982-1.pdf>. Acesso em: 24 de mai. de 2022.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1002159-73.2022.8.26.0309*; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/08/2022; Data de Registro: 18/08/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15960098&cdForo=0>. Acesso em: 22 de ago. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1002282-49.2020.8.26.0533*; Relator (a): Ana Zomer; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15562071&cdForo=0>.

Acesso em: 22 de ago. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1001350-16.2022.8.26.0008*; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/06/2022; Data de Registro: 30/06/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15815554&cdForo=0>. Acesso em: 22 de ago. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1007450-30.2021.8.26.0005*; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 03/09/2021; Data de Registro: 03/09/2021). Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14987367&cdForo=0>. Acesso em: 22 de ago. 2022.