

Do reconhecimento judicial de filiação socioafetiva e registro dos filhos havidos por inseminação artificial caseira

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES MENDES¹

Promotor de Justiça da Comarca de Juiz de Fora

SUMÁRIO

- 1 - SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO
- 2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS
- 3 - PROPOSTA DE ENUNCIADO
- 4 - REFERÊNCIAS

I - SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Nos tempos atuais, a família contemporânea vem passando por alterações substanciais na sua formação, podendo ser apontadas como responsáveis por essas mudanças, dentre outras causas, a evolução tecnológica e o progresso da engenharia genética.

Cumprе destacar aqui a chamada família ectogenética: aquela com filhos decorrentes das técnicas de reprodução assistida. Tais técnicas possibilitam que casais inférteis, estéreis ou homossexuais tenham filhos do seu patrimônio genético ou decorrentes de material genético de terceiros. As modalidades podem variar entre inseminações artificiais homólogas (material genético do próprio casal), heteróloga (material genético oriundo de um terceiro) e o útero de substituição (modalidade na qual uma mulher gera em seu útero filho de outra ou para outra, conhecido popularmente como barriga de aluguel).

A denominada inseminação artificial utilizando-se de técnica “caseira” tem-se mostrado um procedimento cada vez mais empregado por casais que não podem engravidar e que consiste na recepção de esperma doado, introduzido por meio de seringa, sem qualquer contato físico entre doador e receptora.

Tal prática surge como uma resposta imediata aos custos elevados da reprodução medicamente assistida e se tornou uma via alternativa para casais homoafetivos que demandariam a doação de gametas para execução de seu projeto parental. Referida modalidade é também executada por pessoas solteiras ou viúvas, que optam pela realização de projetos monoparentais, ou, ainda, por casais heteroafetivos com dificuldades biológicas para a procriação.

No Brasil, a doação de material germinativo é permitida e disciplinada deontologicamente pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a qual determina que seja mantido o anonimato do doador, de modo que o procedimento assistido seja executado por profissionais especializados, com o aparato de uma clínica responsável pela captação dos gametas, por um diagnóstico dos mesmos e pela posterior implantação.

¹ Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, Mestrando em Direitos Humanos – UFRJ.

Na inseminação artificial em casais heterossexuais, independente da técnica utilizada, a possibilidade de o registro da criança ser realizado diretamente, em nome do casal proponente do projeto parental, já se mostra pacificada. Contudo, no que concerne os casais homoafetivos, fazia-se necessária a busca da via judicial para obtenção de autorização para efetivação do registro da criança em nome do casal solicitante. Vale destacar que para essa situação o Provimento 63/2017 do CNJ fixou as regras para o registro de filhos de casais homoafetivos nascidos pela técnica de reprodução assistida, tornando dispensável a via judicial.

Ocorre que ainda resta ausente de regulamentação a dupla maternidade em nascimento de criança gerada por autoinseminação, vulgarmente conhecida como inseminação caseira, que se verifica quando duas mulheres decidem ter um filho com material genético masculino de um doador (anônimo ou não), introduzindo referido material no útero de uma delas, que será a parturiente, cujo nome constará da Declaração de Nascido Vivo (DNV) fornecida pelo hospital. Em verdade, nesta hipótese, como a inseminação foi efetuada de forma caseira, elas não terão a declaração, com firma reconhecida, do médico diretor da clínica onde teria sido realizado o procedimento, documento esse constante do rol determinado pelo art. 17 do Provimento 63/2017 CNJ. Desse modo, somente através de uma determinação judicial revela-se possível implementar o registro de nascimento da criança em nome das duas mães, autoras daquele projeto parental.

Desde logo, impõe-se advertir que a constituição de família ultrapassa questões meramente biológicas de conservação da espécie, assim não podendo ser analisadas apenas à luz das propriedades reprodutivas pertinentes ao gênero humano.

Lado outro, não há qualquer norma que proíba a inserção de duas mães no registro de nascimento de uma criança, sendo possível tal fato baseado na socioafetividade e no princípio da igualdade.

Com efeito, a reprodução assistida e a filiação socioafetiva constituem novas bases fáticas para incidência do preceito “ou outra origem”, assim previsto no artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro.

A respeito dessa matéria, inclusive, o Supremo Tribunal Federal², em sede de Repercussão Geral ao julgar o mérito do RE 898.060/SC, sob a relatoria do min. Luiz Fux, assentou que

a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade”, incluindo no polo de discussões as questões da parentalidade socioafetiva e da reprodução assistida.

Nesse contexto, a denominada dupla maternidade espelha a concretização do princípio da igualdade e a inclusão social de uma parcela da sociedade marginalizada, com o resgate da dignidade de todos, na medida em que se asseguram à prole oriunda destas unidades familiares todos os direitos já concedidos àquelas provenientes da família constituída por um casal heteroafetivo.

De fato, o registro de nascimento da criança deverá retratar a sua realidade social, o que, na hipótese ora sustentada, significa consagrar no papel a situação fática de que a prole foi desejada, amada e criada por duas mães que idealizaram o projeto parental.

Ademais, ostentar a condição de pai ou mãe, nos padrões atuais, não é apenas o estado decorrente de um vínculo biológico, mas o exercício de um papel familiar humanizado, focado na instrução, amparo, carinho, proteção e educação das crianças e adolescentes.

Negar à prole advinda dessas unidades familiares o direito ao registro representaria uma afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo direito já é concedido àquela proveniente da família constituída por um homem e uma mulher.

Vale lembrar que o caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado, não limitando sua formação a casais heteroafetivos nem condicionando-a a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 21/09/2016, Plenário, DJe de 24/08/2017.

Por fim, impõe-se ressaltar que o deferimento do registro de duas mães no assento de nascimento da criança não obstaculizará eventual discussão judicial sobre a paternidade biológica desta, já que o estado de filiação consiste em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O Provimento 63/2017 do CNJ possibilitou o reconhecimento extrajudicial das filiações socioafetivas e o consequente registro dos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, mas não tratou da autoinseminação. Todavia, a inexistência de legislação regulamentando os efeitos jurídicos das inseminações ditas como “caseiras” não obsta a inclusão do nome de duas genitoras no registro de nascimento da criança, estando referida inserção fundada nos princípios da igualdade e da socioafetividade para que a constituição familiar receba a devida tutela do Estado.

Sobre o tema, ensina Maria Berenice Dias³:

É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de bancos de material reprodutivo, firmando ambos termo de consentimento informado. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que fertilizado in vitro, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não reconhecer que o filho tem dois pais ou duas mães é se deixar levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infirmarem o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar, afrontam cânones consagrados constitucionalmente: o direito à liberdade e o respeito à dignidade humana. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliada da estrutura da família. O Conselho Federal de Medicina expressamente autoriza o uso das modernas técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal. A justiça vem admitindo o duplo registro, mas ainda, e injustificadamente, aguarda o nascimento para deferir o pedido, o que afeta o direito à identidade de quem chega ao mundo.

Lado outro, não se pode olvidar que os vínculos de família são relações de afeto sem distinção de gênero, sendo certo que situações como a ora debatida aqui reclamam uma interpretação mais alinhada com a realidade social.

Diante da contemporaneidade do conceito de entidade familiar, surge a multiparentalidade, como a possibilidade jurídica de constar no registro civil de uma pessoa mais de um pai ou mãe. Ressalta-se que anteriormente a filiação levava em conta tão somente o vínculo biológico, dito legítimo, de modo que apenas os filhos biológicos nascidos no casamento, mereciam a proteção jurídica estatal. No entanto, o artigo 227, § 6º da Constituição equiparou em direitos e qualificações todos os filhos, biológicos ou não, havidos ou não em relação de casamento, vedando qualquer discriminação.

Assim, a multiplicidade de entidades familiares admissíveis viabiliza a constituição de núcleos com mais de uma figura paterna ou materna, não necessariamente biológica, mas afetiva. Acrescente-se ainda que tal vínculo pode gerar nos envolvidos o desejo de expressar afeto formalmente, isto é, registrando esse filho com outros pais ou mães, ensejando a filiação multiparental.

Acerca dessa temática, ensina Maria Goreth Macedo Valadares⁴:

Defende-se sempre que possível a multiparentalidade deve ser reconhecida também nas famílias homoafetivas, representando tais famílias um terreno fértil para a multiparentalidade, quando houver um terceiro envolvido. Ao que tudo indica, o Poder Judiciário conseguiu romper, nessas situações fáticas, o paradigma da biparentalidade heteróloga, no quesito masculino e feminino. Uma dupla de mãe ou uma dupla de pais é algo palpável e real no mundo jurídico.

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição revista, atualizada e ampliada., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 408/409.

⁴ VALADARES, Maria Goreth Macedo - Multiparentalidade e as novas relações parentais - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris - 2016 - p.187.

Nesse mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal da Justiça de Minas Gerais⁵:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - FAMÍLIA - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO DE DUPLA MATERNIDADE - POSSIBILIDADE - REPRODUÇÃO ASSISTIDA - OBJETIVO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE JUSTA E SOLIDÁRIA, SEM PRECONCEITO DE QUALQUER NATUREZA - MODERNIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA - RESGATE DA MARGINALIZAÇÃO E INCLUSÃO LEGAL DE GRUPOS DE CONVIVÊNCIA ALTERNATIVA - FATO SUPERVENIENTE - SEPARAÇÃO DO CASAL - IRRELEVÂNCIA. 1 - Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) está a construção de uma sociedade livre justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou quaisquer outras formas de discriminação; 2 - Não há como negar iguais direitos sociais quanto a filiação tanto nas relações homoafetivas como aquelas dispensadas às uniões heteroafetivas; 3 - De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a união homoafetiva, equiparando-a às relações heteroafetivas no que se refere aos direitos sócias de proteção da entidade familiar sob todos os aspectos; 4 - Deve ser assegurado o exercício em igualdade de condições da paternidade/maternidade por ambas as pessoas que constituem a entidade familiar independente de gênero ou sexo; 5- Na reprodução assistida deve ser assegurado a ambos os sujeitos da relação homoafetiva o exercício em igualdade de condições dos direitos advindos da paternidade/maternidade; 6 - À luz da melhor interpretação constitucional, visando tanto a proteção dos interesses dos ascendentes como dos descendentes, assegurados os interesses do infante, consagrados no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o reconhecimento do registro de nascimento para conferir a todos interessados a proteção jurídica, como meio de consagração legal do status desfrutado pelos filhos advindos da entidade familiar; 7- A evolução na interpretação jurídica da concepção da entidade familiar evita a discriminação e marginalização social de grupos de convivência alternativa, tomando em conta o conceito tradicional de entidade familiar; 8 - Ocorrendo a separação do casal homoafetivo, tal fato não interfere na questão da filiação pretendida pelas partes, em pedido de alvará de registro de filiação, sendo que essa questão não pode ser discutida em sede de embargos infringentes, aviados pelas partes, face ao caráter de jurisdição voluntária do pedido. (TJMG - Embargos Infringentes 1.0024.14.313870-9/002, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 23/08/2017).

Noutro giro, sob a ótica do nascituro envolvido, impõe-se reconhecer seu direito fundamental à identidade, consolidado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e que pode ainda ser extraído da dicção do artigo 2º do Código Civil pátrio, segundo a qual: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, sendo lícito asseverar que é do melhor interesse do nascituro ter sua ascendência registrada com o nome das duas mães que poderão prover-lhe os cuidados necessários independentemente do vínculo genético.

Ao fim e ao cabo, negar o direito ao infante de ter seu registro de nascimento com o nome da mãe biológica e da mãe socioafetiva, pelo simples fato de se estar diante de uma inseminação artificial caseira, seria desrespeitar o princípio basilar da dignidade humana.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0024.14.313870-9/002, Rel. Desembargador Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 23/08/2017.

II - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a falta de regulamentação normativa, a inseminação artificial caseira não se mostra ilícita, devendo-se advertir que a aludida prática gnética só se torna ilegal se o sêmen for comprado — uma vez que tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM) quanto a Lei de Transplante de Órgãos proíbem a comercialização de gametas.

No plano democrático, é fundamental reconhecer cada vez mais direitos e anseios de todas pessoas, sem contingenciamentos relacionados às condições socioeconômicas ou a orientações sexuais. A regra há de ser o fomento ao exercício da plena liberdade reprodutiva, reconhecida em âmbito constitucional e regulamentada por lei <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-bioetica/337129/breves-consideracoes-etico-juridicas-sobre-a-pratica-da-inseminacao-caseira>

De fato, todo ser humano ostenta o direito a ser tratado com igualdade no precioso campo da filiação, entendida como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível a teor do disposto no artigo 27 da Lei nº 8.069/90.

Desse modo, sustentamos que o propósito de constituição da família pode sim ser alcançado com a utilização das técnicas de reprodução assistida, inclusive sob a modalidade caseira, não cabendo ao Estado interferir nessa seara da intimidade pessoal para ditar de que forma os filhos serão concebidos, haja vista que o projeto parental é individual e integrativo do conteúdo da personalidade humana.

III - PROPOSTA DE ENUNCIADO:

“É juridicamente possível o registro civil determinado por sentença judicial de dupla maternidade decorrente de inseminação artificial caseira.”

IV - REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0024.14.313870-9/002, Rel. Desembargador Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21/08/2017, p BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 21/09/2016, Plenário, DJe de 24/08/2017 publicação da súmula em 23/08/2017.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 408/409.

PIOVESAN, Flávia **Temas de direitos humanos**. 11ª Edição. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 555.

VALADARES. Maria Goreth Macedo - **Multiparentalidade e as novas relações parentais** - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris - 2016 - p.187.