

**O REGISTRO EXTRAJUDICIAL DE PARENTALIDADE
POR CASAIS HOMOAFETIVOS DIANTE
DA REPRODUÇÃO CASEIRA**

**THE EXTRAJUDICIAL REGISTRATION OF
PARENTING BY SAME-AFFECTIVE COUPLES
CONTAINING HOME REPRODUCTION**

Ana Carla Harmatiuk Matos

Doutora e Mestra em Direito pela UFPR e mestra em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora Diritto na Universidade di Pisa - Italia. Professora Titular na de Direito Civil da UFPR. Diretora da Região Sul do IBDFAM. Vice-Presidente do IBDCivil. Advogada. Conselheira Estadual da OAB-PR. Membro Consultora da Comissão Especial de Direito das Sucessões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

E-mail: adv@anacarlamatos.com

Karine Corrêa

Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus, Pós-Graduada em Direito das Mulheres e Direito e Processo Civil pela Faculdade Legale. Advogada.

E-mail: contato@karinecorrea.adv.br

Resumo

O presente artigo visa refletir acerca da (des)necessidade de judicialização do registro de parentalidade por casais homoafetivos, com recorte específico no que diz respeito às mulheres lésbicas e bissexuais, casadas ou em união estável, que planejaram ter filhos conjuntamente. Isso porque nosso ordenamento jurídico

preconiza a autonomia reprodutiva e o livre planejamento familiar. Entender essa problemática é fundamental para que, diante do julgamento da ADI 4722/ADPF 132, que reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo gênero, exercite-se plenamente a igualdade entre casais heterossexuais e homoafetivos, por meio do livre planejamento familiar, sem que seu direito à privacidade seja violado. Objetiva-se analisar os requisitos para a presunção dos filhos nascidos na constância do casamento ou da união estável, da parentalidade responsável e do livre planejamento familiar, dispostos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva, partindo-se do pressuposto de que a presunção de paternidade, disposta no art. 1.597, V, do Código Civil, não inclui casais formados por mulheres que optam pela reprodução caseira, deixando de observar o princípio da igualdade e do livre planejamento familiar, contemplado na Constituição Federal de 1988, e da metodologia civil-constitucional, hermenêutica que visa à tutela da pessoa humana, sem qualquer distinção apriorística. Conclui-se, a partir da análise da legislação, que o princípio da igualdade substancial não é aplicado diante das diferenças, principalmente no que diz respeito aos casais formados por pessoas do mesmo gênero, em especial, às mulheres.

Palavras-chave: Direito homoafetivo. Direito das famílias. Filiação.

Abstract

His article aims to reflect on the (un)need for judicialization of parenthood registration for same-sex couples, with a specific focus on lesbian women, married or in a stable union, who planned to have children together. This is because our legal system advocates reproductive autonomy and free family planning. Understanding this problem is fundamental so that, given the judgment of ADI 4722/ADPF 132, which recognized stable unions between people of the same gender as a family entity, equality between heterosexual and same-sex couples can be fully exercised through free family planning. The objective is to analyze the requirements for the

presumption of children born in the context of marriage or stable union, responsible parenting and free family planning, set out in both the Federal Constitution and the Civil Code. The methodology used was hypothetical-deductive, based on the assumption that the presumption of paternity provided for in art. 1,597, V, of the Civil Code does not include couples formed by women who opt for home reproduction, failing to observe the principle of equality and free family planning set out in the Federal Constitution of 1988 and the civil-constitutional, hermeneutic methodology that aims to protect the human person, without any a priori distinction. It is concluded, based on the analysis of the legislation, that the principles of substantial equality are not applied in the face of differences, especially with regard to couples formed by people of the same gender, especially women.

Keywords: Same-sex rights. Family law. Affiliation.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento familiar é de livre exercício pelas pessoas que ostentam vínculos de conjugalidade, conforme art. 226, §7º, da Constituição Federal, sendo esse direito fundado no princípio da dignidade humana e regulamentado pelo art. 1.565, §2º, do Código Civil de 2002, bem como pela Lei 9.263/1996. Por seu turno, o art. 1.597 do Código Civil especifica que há presunção de filiação dos filhos nascidos na constância do casamento e da união estável e, conforme inciso V, daqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido¹.

Ocorre que casais homoafetivos, principalmente aqueles formados por mulheres, quando resolvem exercer essa liberdade de reprodução humana caseira,

1 Segundo a autora Andressa Bissoletti dos Santos (2023), a “concordância” e a “presunção” previstas se aplicam àquelas pessoas que não forneceram seu material genético para a concepção, sendo a interpretação dada pela hermenêutica civil-constitucional, coroando o princípio da igualdade.

mesmo diante da parentalidade responsável² e do planejamento familiar, encontram óbice para o registro de suas filhas³ diretamente em cartório.

Com o advento do julgamento da ADI 4722 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, tem-se que é necessária a aplicação da lei civil sob a ótica da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro. A decisão não serviu apenas para reconhecer as uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo gênero, seu alcance abrange também a igualdade nas diferentes formações de entidades familiares e fixou o entendimento de que “uma interpretação conforme a constituição das disposições acerca da família na legislação brasileira não autoriza tratamento discriminatório das famílias homoafetivas” (Santos, 2023, p. 93).

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma reflexão acerca do tratamento jurídico da filiação decorrente da inseminação caseira, adotando-se a metodologia hipotético-dedutiva e observando-se a hermenêutica civil-constitucional. Analisam-se a presunção de filiação das crianças concebidas por inseminação artificial heteróloga, conforme demonstra o art. 1.597, inciso V, do Código Civil, e os princípios do livre planejamento familiar e da parentalidade responsável, dispostos no art. 226, §7º, da Constituição Federal e seu regulamento.

O problema central da pesquisa incide no fato de que os registros civis se negam a averbar o nascimento de crianças nascidas pela inseminação caseira, mesmo quando demonstrada a conjugalidade entre as mães, com fundamento no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça que, em seu art. 17, inciso II, obriga a apresentação pelas mães de declaração do diretor técnico de clínica de reprodução humana, não aplicando uma interpretação extensiva do disposto no

2 Utiliza-se o termo “parentalidade” em substituição ao termo “paternidade”, valendo-se de uma interpretação extensiva do termo, sendo interpretadas à luz da “legalidade constitucional, de acordo com o princípio da igualdade” (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2021), podendo a parentalidade ser exercida apenas por duas mulheres.

3 Utiliza-se, aqui, o termo de filiação no feminino, bem como será utilizado em todo o artigo, a fim de desconstruir o mito da neutralidade ortográfica escrita no masculino.

art. 226, §7º, da Constituição Federal; do art. 1.565, §2º, e do art. 1.597, inciso V, ambos do Código Civil, bem como do regulamento do livre exercício do planejamento familiar disposto na Lei nº 9.263/1996.

Por fim, é demonstrado que, em verdade, a filiação decorrente de concepção pela autoinseminação se trata de outra forma de arranjo familiar, não se confundindo com a filiação socioafetiva, fundada na “posse do estado de filho” (Fachin, 1996), que determina a presença de elementos específicos para seu reconhecimento e que, em resumo, se alcança com o passar do tempo e com a construção de afetividade⁴.

A “filiação afetiva planejada”⁵ advém do exercício da liberdade de planejamento familiar, surgindo para ambas as participantes os deveres jurídicos da parentalidade, os quais devem ser garantidos, inclusive no que diz respeito ao princípio do melhor interesse da criança ali concebida, tendo em vista que negar esse registro, de forma extrajudicial, traz danos à criança que, até que seja dada a ordem judicial, ficaria descoberta da possibilidade de inclusão como dependente no plano de saúde da mãe não-gestante, até complicações cotidianas advindas da não configuração como representante legal.

2 DIREITOS REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB O VIÉS CIVIL-CONSTITUCIONAL

Conforme preceitua Marília Pedroso Xavier (2022), em consonância com o que ensinam Luiz Edson Fachin (2008) e Paulo Lôbo (2009), é preciso saber a quem e a que o Direito serve, não podendo ele ser visto por uma ótica estática, atemporal e desideologizada. Isso porque, explica a autora, o Código Civil de

4 Considera-se, neste estudo, o trabalho publicado por Andressa Bissolotti dos Santos, “Filiação Afetiva Planejada: livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira”.

5 Nomenclatura proposta por Andressa Regina Bissolotti dos Santos.

1916, codificou que a única maneira de se adentrar ao Direito de Família, sob a égide daquele código, era pelo matrimônio, o qual tinha, na figura do marido, “o chefe soberano do grupo”, havendo “uma estrutura hierarquizada contemplando a desigualdade de gêneros e de funções” e às mulheres e aos filhos foi atribuída “posição consideravelmente menos nobre”, residindo o poder e controle na figura do *pater familias* (Xavier, 2022, p. 108).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da pluralidade das entidades familiares, sendo ela a base da sociedade, conforme preceitua o art. 226. Ainda, assevera que o planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar os recursos, educacionais e científicos, para o exercício desse direito, não podendo impor às partes como constituir suas famílias, nas mais variadas formas, conforme §7º do artigo em comento.

O regulamento do parágrafo referido, conhecido como Lei do Planejamento Familiar, compreende o planejamento familiar como 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 (Brasil, 1996). Ana Paula Correia de Albuquerque Costa (2022) e Paulo Lôbo (2023) entendem que não há mais lugar para fórmulas rígidas e excludentes, que limitam a composição do núcleo familiar, sendo o afeto a característica marcante e primordial.

A entidade familiar é campo de realizações pessoais e existenciais; portanto, o planejamento familiar, construído pelo afeto, é o verdadeiro exercício dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, inaugurados pela Constituição Federal de 1988, sendo que a liberdade se funda no direito de optar pela existência ou não de conjugalidade, assim como por ter filhos ou não, e a forma dessa concepção (Costa, 2022).

Em 2002, com o advento do Código Civil vigente, coroando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da parentalidade responsável e da solidariedade, no capítulo que trata sobre a eficácia do casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes,

companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565, *caput*), bem como referido artigo assevera que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado promover os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte das instituições privadas ou públicas (art. 1.565, §2º)

Já no capítulo que trata da filiação, tem-se que serão presumidos os filhos concebidos na constância do casamento, dentre outros, havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, conforme art. 1.597, incisos I e V, do Código Civil. Neste trabalho, são tratadas especificamente esse tipo de filiação e sua presunção quando do registro de filhas/os concebidas por autoinseminação por casais formados por mulheres casadas entre si, existindo, portanto, a conjugalidade necessária para a presunção disposta no artigo acima descrito.

A inseminação artificial homóloga acontece quando o material genético utilizado para a concepção é o do próprio cônjuge ou companheiro e “resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges, sendo apenas permitido o uso do sêmen do marido quando manifesta a sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular das partes destacadas de seu corpo” (Lôbo, 2023, p. 573).

Já a inseminação artificial heteróloga, objeto desta reflexão, acontece a partir da doação de material genético de outro homem que não do marido ou de um desconhecido das partes, estejam elas em um relacionamento hetero ou homoafetivo. Paulo Lôbo (2023) assevera que a lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer outra razão, não possa procriar, apenas que previamente autorize a utilização de material genérico que não o seu.

Embora o Código Civil tenha utilizado o termo “paternidade” e “marido” quando da perspectiva e da concordância, assim faz de forma limitada, uma vez que “a prática das tecnologias reprodutivas já consolidou uma interpretação extensiva, no sentido de que a ‘concordância’ e a ‘presunção’ aqui previstas se aplicam à pessoa cujo material genético não tenha sido utilizado na concepção”

(Santos, 2023, p. 108), devendo ser interpretada à luz da legalidade constitucional, de acordo com o princípio da igualdade.

A pessoa está no ápice do sistema jurídico e, numa interpretação sistemática, os valores fundamentais do ordenamento devem ser ressaltados “em procedimento voltado não ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça do caso concreto” (Cicco, 2021, p. 242). Dessa forma, o direito à igualdade substancial – tratar os desiguais em conformidade com suas próprias diferenças – revela-se, algumas vezes, por meio da diversidade e, de acordo com Maria Cristina de Cicco (2021), o principal problema é exercitar esse direito.

No direito das famílias, a igualdade é princípio sem o qual não há que se falar em dignidade do sujeito de direito, sendo necessário que haja a inclusão no discurso da igualdade e do respeito às diferenças – se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social – em busca da verdadeira cidadania que é possível somente na diversidade (Cunha, 2022).

Nesse sentido, o art. 1.597, principalmente no que diz respeito à presunção de filiação dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, quando existente a conjugalidade, deve ser aplicado de forma ampla, valendo-se da hermenêutica civil-constitucional, não importando se os filhos terão duas mães ou dois pais, mas sim o planejamento dessa filiação por ambas as partes, independentemente de seu gênero.

É importante ressaltar que a autoinseminação não indica uma correlação exclusiva entre casais formados por mulheres; no entanto, a situação ganha contornos jurídicos específicos diante da impossibilidade do registro de sua prole, concebida por inseminação caseira heteróloga diretamente no cartório. Isso porque, havendo recusa quando da averbação diante da falta de documentação requerida no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 17, inciso II, qual seja, a declaração da clínica indicando que a criança foi gerada a partir da técnica de Reprodução Assistida, resta ao casal buscar o Judiciário e expor “em detalhes as maneiras através das quais exerceram seus direitos reprodutivos e seu planejamento familiar” (Santos, 2023, p. 95).

Não se olvida que casais heterossexuais possam recorrer à autoinseminação diante da frustração de suas pretensões reprodutivas e não possam arcar com os custos da reprodução humana assistida (RHA), pois essa técnica pode chegar a uma média de preço que varia entre R\$15.000,00 (quinze mil reais) a até R\$20.000,00 (vinte mil reais), e a maioria da população brasileira percebe mensalmente o valor de um salário-mínimo ou menos (Costa, 2022, p. 487). No entanto, os cartórios aplicam o disposto no art. 1.597 do Código Civil sem maiores questionamentos, estando presentes a conjugalidade e os requisitos temporais de seus incisos.

Diante disso, pode-se observar que o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X) acaba por ser violado quando somente os casais formados por pares homoafetivos precisam expor perante o Judiciário a forma pela qual exerceram seus direitos reprodutivos e seu planejamento familiar, quando este não é feito a partir de técnicas de fertilização ou reprodução humana em clínicas especializadas.

Observa-se que o art. 1.597 do Código Civil carece de interpretação extensiva e com foco na diversidade, a fim de exercitar os princípios corolários da igualdade e da dignidade, inscritos na Constituição Federal, com o objetivo de incluir todos e todas no laço social, atribuindo-lhes a verdadeira cidadania.

3 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO QUANDO DA CONJUGALIDADE

Conforme o art. 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento aqueles que observarem os parâmetros descritos entre os incisos I a V. No presente artigo, adentra-se na discussão, quando da presunção de filiação por inseminação artificial heteróloga, desde que com autorização do “marido”, presente no inciso V, isso porque existe a dificuldade de registro direto da criança recém-nascida em cartório, quando fruto de uma relação homossexual concebida pela autoinseminação, sendo os casais formados por mulheres os que mais encontram tal obstáculo.

Paulo Lôbo conceitua filiação como sendo “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é a que se qualifica como filho ou filha e a outra é titular da autoridade parental por origem biológica ou socioafetiva” (Lôbo, 2023, p. 556). O vínculo de parentesco era mitigado quando do Código Civil de 1916, havendo diferenciação entre filhos adotivos e naturais, bem como os filhos “adulterinos ou incestuosos” não poderiam ser reconhecidos (Lobo, 2023).

Após encontrar muita resistência, a fim de garantir a igualdade nas relações de parentesco, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do direito civil, a família foi reconhecida como base da sociedade, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o fio condutor do respeito aos direitos da personalidade, a fim de se exercitar o direito ao livre planejamento familiar e à parentalidade responsável.

Fabíola Albuquerque Lobo assevera que o princípio da paternidade responsável está intrinsecamente ligado ao planejamento familiar (Lobo, 2022), isso porque a lei que regula a matéria (Lei nº 9.263/96) preceitua que homens e mulheres detêm o direito de constituir, limitar ou aumentar a prole, independentemente se formam um casal ou não. Denota-se que a parte final do art. 2º da referida lei confere o exercício de tais direitos “pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Dessa forma, sustenta-se que sua interpretação deve ser feita de maneira ampla quando se tratar de casais homoafetivos formados por mulheres ou homens.

A presunção de filiação está relacionada à estabilidade familiar, presumindo-se a existência do planejamento familiar em conjunto (Santos, 2023), sendo a afetividade o principal parâmetro para sua construção (Lobo, 2023). Rose Melo Venceslau Meireles, ao tratar dos critérios jurídicos das presunções, admite que o reconhecimento da suposta paternidade tem a finalidade de facilitar o estabelecimento de vínculo jurídico; porém, excetua o inciso V do art. 1.597, pontuando que, nesse caso, “tem-se a autonomia privada como fonte de responsabilidade parental, resultante do livre exercício do planejamento familiar” (Meireles, 2022, p. 373).

Antes de ser alterado pelo Provimento nº 83/2019, o Provimento nº 63/2017 do CNJ não requisitava idade mínima para crianças serem reconhecidas como filhos advindos da socioafetividade e, nesse ínterim, a mãe não-gestante poderia ser reconhecida como socioafetiva extrajudicialmente. Ocorre que a alteração dada pelo Provimento de 2019 impõe que a criança tenha a idade mínima de 12 (doze) anos para que o reconhecimento seja autorizado perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais.

Segundo Andressa Bissolotti dos Santos (2023, p. 100), “a própria ocorrência dessas transformações mostra que a filiação decorrente da inseminação caseira se posiciona num ‘limbo jurídico’, inclusive quanto às suas especificidades enquanto vertente da filiação”. Para a autora, a filiação que nasce via inseminação caseira “não se confunde com a filiação socioafetiva, possuindo particularidades que exigem um tratamento jurídico diferenciado, especialmente quanto à forma de seu reconhecimento” e propõe que se trata de uma “filiação afetiva planejada” (Santos, 2021, p. 100).

Embora não se possa olvidar que o parentesco não se constitua somente pelo casamento ou por vínculos biológicos, deve se considerar a conjugalidade quando do registro de crianças concebidas pela autoinseminação por casais formados por mulheres. Observa-se que se casais heterossexuais se valerem da inseminação caseira e entre eles existir vínculo de conjugalidade, não encontrarão óbice quando do registro de suas filhas e filhos perante o cartório de registro civil de pessoas naturais, tampouco precisarão expor sua vida íntima por meio de ações de reconhecimento de maternidade ou de paternidade frente ao Judiciário.

Os direitos à igualdade substancial devem ser garantidos independentemente da orientação sexual da pessoa ou do casal, uma vez que esse é o entendimento fixado na ADI nº 4277 e na ADPF nº 132, reconhecendo o amplo direito à igualdade e à não discriminação das pessoas LGBTI+, especialmente no que diz respeito aos seus projetos parentais.

Requisitar que a mãe não-gestante, nomeada como “outra mãe” (Herrera *apud* Santos, 2021) pelo fato de não manter vínculo biológico com sua

filha ou filho, tenha que obter a declaração de uma autoridade estatal (no caso, juíza ou juiz), além de violar o princípio da igualdade diante da autonomia do planejamento familiar, viola também o direito à intimidade daquelas mulheres que precisarão expor suas íntimas vivências perante o Judiciário.

Além disso, tal necessidade não contempla o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que os direitos inerentes à filiação – desde a impossibilidade de inclusão da criança como dependente no plano de saúde da mãe não-gestante, até complicações cotidianas advindas da não configuração como representante legal (Santos, 2021) – ficarão sob a expectativa de uma decisão judicial a qual, em que pese a declaração de filiação pelo Judiciário seja muito provável, não conta com garantia de tramitar com a rapidez necessária ao caso.

4 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA REPRODUÇÃO CASEIRA: “FILIAÇÃO AFETIVA PLANEJADA”⁶

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a família era vista como uma instituição, com um fim em si mesma e com lugares pré-estabelecidos a depender do gênero de cada componente, indissolúvel e patriarcal. O movimento LGBTI+ ⁷ enfrentou o autoritarismo moral durante a Ditadura Militar, no Brasil, abafando as possibilidades de imaginar novos modos de vida, formas

6 Expressão proposta por Andressa Regina Bissolotti dos Santos no trabalho intitulado “Filiação Afetiva Planejada”: Livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira”, publicado na Revista Brasileira de Direito Civil em março de 2023.

7 Segundo o Manual de comunicação LGBTI+ (2021), o símbolo + foi acrescentado à sigla LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e pessoas intersexo) a fim de contemplar “outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, entre elas pessoas não binárias, assexuais, queer, agênero, goys, pansexuais, polissexuais, crossdresser, gênero fluido e muito mais”. A sigla neste trabalho, assim como no manual, é para fins de organização e não para rotular pessoas.

de expressar o desejo e os afetos, bem como movimentos sociais identitários (Fico *in* Green; Quinalha, 2014, p. 22).

A luta das mulheres lésbicas, visando à promoção da visibilidade, ao respeito à expressão da sexualidade e à justiça, nasceu a partir do período da luta pela liberdade durante a Ditadura Militar (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 224). O surgimento do Grupo Lésbico Feminista (LF), em 1980, foi o início da junção de forças entre mulheres lésbicas de todo o país que passaram a integrar a Coordenação do II Congresso da Mulher Paulista, sendo essa a primeira vez que se colocava a questão da sexualidade da mulher como uma possibilidade e um direito.

A participação dessas mulheres na coordenação do Congresso não foi bem aceita até mesmo por suas⁸ pares. Marisa Fernandes (2014) conta que, dentre as manifestações de esquerda, o patriarcalismo era latente, pregava-se não existir violência contra a mulher, mas sim “a violência ditatorial contra homens e mulheres da classe operária, e que propostas de se refletir sobre as especificidades das mulheres eram pequeno-burguesas e elitistas e que pouco interessava ao povo e à revolução” (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 234).

O breve aporte histórico acima apresentado tem o condão de despertar o olhar crítico para a ideia ainda latente em nossa sociedade: tratar sobre os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres é algo obsoleto, sem importância, desinteressante. É de se destacar que a luta dessas mulheres foi revolucionária quando da Constituinte de 1988, conquistando o direito à igualdade formal entre homens e mulheres, sendo esse um dos objetivos fundamentais da República, disposto no art. 3º, IV, bem como reforçado no art. 5º, I, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais.

8 Novamente, a neutralidade imposta pela linguagem a referir-se tanto ao masculino como ao feminino não deve ser ignorada, uma vez que se sustenta em práticas machistas (DOS SANTOS, 2021) e, por isso, utiliza-se o pronome “suas” em substituição a “seus” como forma de desmistificar tal neutralidade.

Ainda, o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres diante do casamento e dos filhos. Nota-se que o texto constitucional visa igualar os direitos inerentes à conjugalidade e à parentalidade. No entanto, o exercício desses direitos, em se tratando de mulheres lésbicas e bissexuais, está em constante disputa. O reconhecimento da filiação da “outra mãe” quando da concepção por autoinseminação é um exemplo claro e objetivo dessa busca, a fim de exercitar seus direitos fundamentais.

Rose Melo Venceslau Meireles (2022) relaciona os diferentes tipos de filiação existentes, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002:

A origem da filiação, isto é, os critérios ou verdades que podem fundar o vínculo jurídico registral, pode ser: i) a jurídica, pautada em presunções; ii) a biológica, comprovada pelo exame de DNA; e a iii) socioafetiva, baseada na posse de estado de filho. Nem sempre, porém na mesma relação de filiação reúnem-se todos os critérios: o pai presumido pode não ser o biológico e o biológico não ser o socioafetivo e sim registral, que não é nem o presumido, nem o biológico.

A mesma autora também reconhece que a reprodução assistida heteróloga é exercício da autonomia privada do casal “como fonte de responsabilidade parental, resultante do livre exercício do planejamento familiar” (Meireles, 2022, p. 373) e, ainda, a reprodução deve ser resultado de um projeto conjunto, sendo o reconhecimento da parentalidade um ato de vontade, mesmo sem a presença da consaguinidade, tratando-se de parentesco civil por presunção da conjugalidade.

A família codificada no Código Civil de 2002 é representada pelo modelo heteropatriarcal, diminuindo a condição feminina ao cuidado e fora das decisões econômicas e patrimoniais, devido ao fato de ser espelho de uma sociedade da década de 1970, pré-democratização, deixando os direitos à igualdade relegados ao esquecimento. Rodrigo da Cunha Pereira destaca, antes mesmo da promulgação

do código atual, que “a parte desse projeto relativa à família já nasceu velha. Está na contramão da história (...) em que a família é vista de forma plural, ou seja, em que já se reconhecem várias formas de família, o legislador insiste em nomeá-las legítimas e ilegítimas” (Pereira, 1996).

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a ausência de reconhecimento jurídico ao livre planejamento familiar por mulheres lésbicas, quando optam pela reprodução caseira, relegando o registro de maternidade da mãe não-gestante ao Judiciário, acaba por expor tanto a mãe quanto a criança a desvantagens inegáveis. Em 2017, o CNJ editou o Provimento nº 63 que solucionou a problemática de forma passageira, podendo os casais que se valeram de reprodução assistida reconhecer voluntariamente e averbar a maternidade/paternidade socioafetiva sem a necessidade de autorização judicial (art. 16), bem como não faria qualquer diferenciação quanto à ascendência materna ou paterna (art. 16, §2º), e reconhecia a possibilidade de comparecimento de apenas um dos “pais” no ato do registro, desde que munidos de certidão de casamento ou união estável (art. 16, §1º) (Santos, 2021).

Mesmo que o Provimento tratasse exclusivamente da reprodução assistida realizada em clínicas reconhecidas para tal fim, possibilitou, a partir do art. 10, o reconhecimento voluntário de maternidade ou paternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade (Santos, 2021), devendo somente ter-se a anuência do pai ou da mãe biológica da criança que se vislumbrava reconhecer.

Embora fosse possível a realização do registro diretamente em cartório das filhas de casais formados por mulheres, o Provimento nº 63/2017 foi alterado pelo Provimento nº 83/2019, que estipula idade mínima para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, modificando o art. 10 e acrescentando a necessidade de a criança contar com, no mínimo, 12 anos de idade quando o reconhecimento for voluntário.

Devido às mudanças das relações humanas, a partir da história e da cultura, o estabelecimento de normas que regem as noções de parentesco também se modifica, sendo a socioafetividade reconhecida, enquadrando-se como

um fato social de cultura (Gonçalves; Furtado *in* Tepedino et al., 2016). Ocorre que, conforme pontua Andressa Regina Bissolotti dos Santos, verifica-se uma falta de clareza quanto ao estatuto da própria socioafetividade, “como vertente ‘guarda-chuva’ que incluiria diversas espécies, ou como espécie relacionada à posse de estado de filho”, podendo “causar ruídos no tratamento das diferentes formas de filiação” (Santos, p. 103).

A autora, inclusive, propõe que a filiação pela socioafetividade seja utilizada de forma estrita, aproximando-se da compreensão de Rose Melo Veneslau Meireles que, conforme anteriormente exposto, diferencia as vertentes da filiação em “jurídica”, “biológica” e “socioafetiva” (Meireles, p. 370). Isso porque “a história da construção do vínculo socioafetivo como possibilidade jurídica remonta ao reconhecimento jurídico de um vínculo já constituído no âmbito *vivido*, mas ainda não produtor de efeitos jurídicos” (Santos, 2023, p. 103).

Considera também que a construção da socioafetividade remonta à chamada “posse de estado de filho” (Fachin, 1996, p. 37), devendo conter elementos objetivamente averiguáveis, por exemplo, o comportamento ostensivo entre pais e filhos, tratando-os como se filhos fossem, e estes tratando aqueles como se seus pais fossem; levar o nome da família dos pais e a comunidade os reconhecer como vinculados afetivamente⁹, sendo que a “filiação afetiva planejada” ocorre a partir da vontade do casal em aumentar a família pela reprodução caseira.

Nesse sentido, Andressa Bissolotti dos Santos propõe que a filiação que advém da concepção pela autoinseminação de uma das mães da criança, quando existir entre elas a conjugalidade – seja pelo casamento ou união estável – ocorre de maneira diferente da filiação socioafetiva e deve ser tratada como tal, afinal “não é o exercício continuado da parentalidade o fundamento da filiação

9 A autora assevera que, embora esses parâmetros não sejam cumulativos, servem de parâmetro para identificar a paternidade ou maternidade socioafetiva e a fundamentam como uma realidade construída cotidianamente, e já consolidada, de filiação socioafetiva. (DOS SANTOS, 2023)

advinda das inseminações heterólogas (...) mas sim a participação no projeto de planejamento familiar” (Santos, 2023, p. 105) de tal maneira que a partir do nascimento da criança, ela já possa ser identificada como filha de ambas as participantes, devido às responsabilidades adquiridas em virtude da concordância de participar do projeto de família.

Por fim, a autora defende estarmos diante de uma forma própria de filiação, com suas particularidades e especificidades, exigindo-se, portanto, um tratamento e uma regulação jurídica diferenciada, propondo, como já mencionado, chamá-la de “filiação afetiva planejada”, isso porque o fundamento desse tipo de filiação não decorre de reconhecimento social diante do lapso temporal, mas da participação no planejamento da concepção daquela criança, exercitando o que dispõe o art. 1.597 do Código Civil de maneira ampla e promovendo a igualdade na diferença, princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a intimidade passaram a ser garantias fundamentais inerentes a todas e todos, limitando a intervenção estatal, quando do estabelecimento dos arranjos familiares, e garantindo que suas expectativas, quanto ao planejamento familiar e ao exercício dos direitos reprodutivos, sejam realizadas de forma autônoma, sem que haja violação à sua intimidade e à sua vida privada.

A Lei 9.263/1996, conhecida como Lei do Planejamento Familiar, regula o que institui o art. 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, reconhece ser direito de todo cidadão constituir, limitar ou aumentar sua prole, dando-se de maneira igual o exercício desse direito pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O Código Civil de 2002, que “já nasceu velho” e, mesmo que tenha garantido direitos iguais entre homens e mulheres no planejamento familiar e na autonomia reprodutiva, não é aplicado conforme os ditames da igualdade

substancial, principalmente no que diz respeito aos casais formados por pessoas do mesmo gênero. Exemplo disso é que, no inciso V do art. 1.597, a presunção quando da reprodução heteróloga se dá com a anuência do “marido”, sendo que a interpretação não é feita de forma extensiva, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

A partir do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, tem-se a que não há igualdade substancial, quando relega aos casais formados por mulheres ou por homens requisitos diferenciados para a constituição familiar e para o exercício de sua autonomia reprodutiva, isso porque se solidificou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma posição de igualdade entre as famílias hétero e homoafetivas, trazendo elementos para além do exclusivo reconhecimento da união estável. O fundamento principal da decisão é da igualdade na diferença.

Diante disso, é inegável que obstaculizar o registro extrajudicial de filhas/os concebidos pela autoinseminação por casais homoafetivos, no que diz respeito à mãe não-gestante – no caso de casais formados por mulheres – incumbindo ao Poder Judiciário reconhecer essa maternidade planejada entre duas mulheres que ostentam vínculos de conjugalidade entre si, é violar o direito à intimidade, à vida privada e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana, haja vista que o registro de crianças por casais heterossexuais casados ou em uma união estável que se valerem dessa mesma autoinseminação estarão amparados pelo instituto da presunção de paternidade elencado na Lei Civil sem maiores perguntas sobre como, quando e onde conceberam seus filhos.

Urge que casais formados por mulheres possam reconhecer a maternidade da mãe não-gestante extrajudicialmente, valendo-se da presunção de parentalidade, instituída pelo art. 1.597, V, do Código Civil, quando se valerem da autoinseminação. Negar esse direito é relegar ao esquecimento o princípio da igualdade, inscrito na Constituição Federal de 1988 e confirmado pelo julgamento da ADI 4277 em conjunto com a ADPF 132 do Supremo Tribunal Federal, devendo a hermenêutica civil-constitucional ser aplicada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20%C2%A7%207%C2%BA%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=DO%20PLANEJAMENTO%20FAMILIAR-,Art.,observado%20o%20disposto%20nesta%20Lei. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jul. 2023.

CICCO, Maria Cristina de. O “novo” perfil do direito à identidade pessoal: o direito à diversidade *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). **Direito Civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Direitos reprodutivos e planejamento familiar: reflexões sobre o recurso à reprodução humana assistida. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luis Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade *In*: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (Coord.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. Documento eletrônico. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

FICO, Carlos. Prefácio *In*: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (coord.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. Documento eletrônico. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-96.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 978-65-5362-825-0 (Digital). 7v.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Fabiola Albuquerque. Aspectos introdutórios às relações de parentesco. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil já nasce velho. **Folha de São Paulo**, 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/10/cotidiano/8.html>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. A “outra mãe”: maternidade e invisibilidade pensadas a partir da inseminação artificial caseira. *In*: BRUNETTO, Dayana; TAGLIAMENTO, Grazielle. **Arco-íris para quem? (In)Visibilidades lésbicas e sapatônicas**. Curitiba: Editora UFPR, 2021. p. 89-107.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. “Filiação afetiva planejada”: livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 91-114, jan./mar. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.01.005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

XAVIER, Marília Pedroso. Casamento Válido. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias: por juristas brasileiras**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

Autoras convidadas