

QUESTÕES SOBRE A BIOÉTICA E OS PROBLEMAS DE DIREITO DE FILIAÇÃO: RECONHECIMENTO DE DUPLA MATERNIDADE

MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO

Resumo: a autora introduz o debate pendente, no direito brasileiro, sobre o reconhecimento da dupla maternidade, tomando como pano de fundo uma ação declaratória de maternidade/filiação sócio-afetiva cumulada com alteração de registro de nascimento para acrescentar o nome materno em assento de nascimento. Equaciona a razoabilidade de pretensões desta natureza, perante o direito e a bioética, num contexto de mudança, em que novas formações familiares veem sendo reconhecidas pelos tribunais, centrando-se, em particular, nos princípios bioéticos do respeito pela autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça, sem deixar de buscar projeções constitucionais destas ideias. Concluindo, deixa um espaço de apreciação irredutível à casuística, que permita verificar a efetiva participação da mãe afetiva no papel materno e a intensidade dessa participação, a fim de justificar a presença do nome de duas mães, ou outro motivo que confira boas razões para assim se decidir.

Palavras-chave: maternidade; reconhecimento da maternidade; dupla maternidade; bioética; direito constitucional; filiação; respeito pela autonomia; não-maleficência; beneficência; justiça.

A filiação vem sendo modificada em situações da vida real. Um pai e uma mãe podem se transformar em dois pais, duas mães, ou mesmo em maior número quando se fala do dia-a-dia na rotina de uma criança. Por vezes, o duplo papel é exercido por uma única pessoa. O que importa são os bons cuidados para com a criança.

No exercício da magistratura, encontramos situações de fato que buscam a tutela jurisdicional para conferir legalidade ao que acontece no mundo. Citando Fernando Pessoa¹, indagamos: “[s]abe acaso alguém o que é certo ou justo? Quantas coisas, que temos por belas, não são mais que o uso da época, a ficção do lugar e da hora?”.

Um dos processos inusitados que chegaram à Vara de Família diz respeito a ação declaratória de maternidade/filiação socioafetiva cumulada com alteração de registro de nascimento para acrescentar o nome materno em assento de nascimento.

¹ Fernando Pessoa, *Livro do Desassossego*, n.º 207.

Três adultos requereram a inclusão do nome de M. como mãe dos mesmos, justificando o pedido em razão de terem sido criados por ela, após o falecimento da mãe biológica. O inusitado do pedido seria que apenas fosse acrescentado o nome desta mãe que os criou sem a exclusão do nome da mãe biológica. Nesta ação não atuou o representante do Ministério Público, por serem todos maiores e capazes.

É um pedido raro no Poder Judiciário Brasileiro. Não está sendo formulado o pedido de adoção dos adultos, o que legalmente seria possível, mas o reconhecimento jurídico de maternidade socioafetiva e acréscimo desta maternidade ao registro civil.

Os três adultos estão na faixa dos quarenta anos de idade e são profissionais bem-sucedidos. São dois irmãos e uma irmã, filhos da falecida T. e de S. Quando do falecimento de T., em abril de 1976, os filhos tinham 10 anos, 5 anos, e 3 meses de vida. Em junho de 1977, o pai S., casou com M., que passou a cuidar das crianças. Alguns registros de memória devem ter sido preservados de maneira diferente, face à idade de cada um.

Os autores declararam, de próprio punho, os cuidados que receberam de M., a quem chamam carinhosamente de X., evidenciando o forte afeto e a relação filial. O pai dos requerentes também declarou, do próprio punho, que M. ocupou o lugar de mãe na vida dos filhos. Esta relação se estendeu aos netos.

Este é o exemplo clássico de família por laços afetivos. Da leitura de todas as declarações juntadas, inclusive da própria M. e de amigos, depreende-se que os vínculos de M. e dos três autores são fortes o suficiente para caracterizar a maternidade.

Em outros casos poderia ser aplicado o processo de adoção, previsto no Código Civil Brasileiro, no artigo 1.619, próprio aos adotados maiores de 18 anos. Entretanto, o pedido é no sentido de que, além de reconhecida a maternidade, seja mantido o nome da mãe biológica, permanecendo os dois nomes como mães, ao lado do nome do pai. É o aspeto no qual a ação se diferencia das demais. Para tanto, é necessário compreender o texto normativo de acordo com o caso concreto, conforme Gadamer² afirma:

“...tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto — da lei ou do anúncio — e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto — lei ou mensagem de salvação —, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada

² Hans George Gadamer, *Verdade e Método*, 2005 pp. 407-408.

instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”.

Novas formações familiares estão sendo reconhecidas pelo Judiciário, como por exemplo para que casais do mesmo sexo constem na filiação de crianças concebidas por técnicas de reprodução assistida. A jurisprudência é pacífica em autorizar o registro em nome de duas mulheres ou dois homens. No caso em análise, não houve reprodução assistida e sequer as duas mulheres se conheceram. A mãe biológica faleceu há mais de 35 anos e deixou forte impressão de afeto sobre os filhos, antes de falecer. A mãe que os criou deixou sua marca de afeto, da mesma forma, ao ponto de os autores desejarem ter reconhecida a importância de M. em suas vidas, porém sem deixar de prestigiar a mãe que lhes deu a vida.

Vigora uma tradição na sociedade de que há apenas um pai e uma mãe. A Lei de Registros Públicos que trata do registro de nascimento nos artigos 50 a 66 faz referência aos pais e ao pai e mãe, mas não cuida do assunto de maternidade ou paternidade múltipla. Em significativo avanço da legislação, acrescentou o §8.º ao artigo 57 autorizando que o enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável, requeira a averbação do nome de família de seu padrasto ou madrasta, com a concordância destes e sem prejuízo dos apelidos de família. O legislador reconhece que a relação afetiva pode se instalar com o convívio, criando a família socioafetiva. Este avanço tem respaldo no reconhecimento constitucional das múltiplas formas de constituição da família, algumas previstas no artigo 226 da Constituição, mas nem todas são previstas em lei.

Todavia, não devemos esquecer que mesmo com a configuração de filiação de um representante de cada gênero, há milhares de crianças sem o registro civil paterno, apenas com o nome da mãe. No Brasil, ao homem não se obriga o registro paterno, exceto se casado civilmente. Portanto, somente registra civilmente o homem que assim quiser. Caso não o faça, caberá à própria criança requerer judicialmente o reconhecimento.

Os fatos têm dinâmica diferente da lei. A sociedade evolui, a moralidade se modifica, os indivíduos passam a pleitear reconhecimento de novas relações e cabe ao Judiciário analisar estas mudanças sob a luz da ética. No dizer de Engelhardt³: “...quanto mais essas comunidades diferirem em relação aos cânones aceitos de probidade moral, mais explícitas leis e regulamentos burocráticos precisarão ser produzidos”. Como as relações de família têm se revelado na multiplicidade, novas leis veem sendo publicadas em tentativa de um norte normativo. O Direito de Família evolui de forma célere e se apresenta como uma das especializações mais dinâmicas. Destaco trecho do artigo do Juiz Antônio José Fialho⁴ sobre tal evolução:

³ H. Tristram Engelhardt, Jr., *Fundamentos da Bioética*, ed. Loyola, 2008, Capítulo 1.

⁴ Antônio José Fialho, *(Novos) Desafios Para os Juizes das Famílias e das Crianças*, in Revista Julgar, n.º 24, setembro-dezembro de 2014.

“se quisermos fazer uma breve reflexão sobre algumas mudanças ocorridas no Direito da Família e das Crianças, basta pensar que, há cinquenta anos, a adoção não era solução para as crianças em estado de abandono, há pouco mais de quarenta anos, o divórcio não era permitido nem a mulher podia exercer certos direitos sem que o fizesse através da figura paterna ou do marido, certas profissões necessitavam de autorização do Estado para contrair matrimônio, há cerca de vinte anos, os divórcios apenas poderiam ter lugar mediante decisão judicial, há menos tempo ainda, não era possível aos pais, em caso de divórcio ou separação, manifestarem a sua intenção de manter o exercício conjunto do poder paternal (assim era chamado na altura), a determinação biológica do pai ou da mãe dependiam exclusivamente da prova (falível) testemunhal, “entre marido e mulher não se devia meter a colher” (silenciando as situações de violência doméstica que ocorriam no seio dos casais) ou, há pouco mais de quatro anos, o casamento apenas era possível entre um homem e uma mulher.”

Falamos, portanto, de um novo direito que reflete a necessidade de acompanhar esta evolução. Neste tom, podemos nos apropriar do conhecimento da ética aplicada. Da ética da vida, para analisar o melhor caminho a seguir mediante justificativa da conduta moral a ser tomada diante da situação posta.

De um lado, temos a justificativa no sentido de que, pelas leis da biologia, os filhos são concebidos por um homem e uma mulher, daí o registro deste nascimento somente poderia ser feito para constar um homem e uma mulher. Logo neste primeiro argumento temos que há inúmeros registros em nome apenas da mãe, ausente o nome paterno. O registro não está ferindo a lei da natureza, mas refletindo a realidade social onde muitos homens deixam de assumir a responsabilidade sobre a criança que geraram. Assim, a argumentação da lei natural cai por terra, pois nenhuma das crianças registradas somente em nome da mãe deixou de ter um pai biológico.

Um segundo argumento seria no sentido de que pode ser investigado este pai biológico e, quando encontrado, ele passaria a constar do registro, completando o ciclo natural. Mas existe a oportunidade de que outro homem, sem vínculo biológico, passe a ocupar o lugar do pai biológico no registro, através da adoção. O ciclo biológico é rompido e passa a ser reconhecido o vínculo afetivo. O mesmo pode ocorrer com a mãe biológica, substituída pela mulher que adota, passando a existir a família por força do afeto que motivou a adoção e não pelo vínculo biológico.

Não obstante, além da possibilidade de adoção, existem os laços criados por afeto sem que ocorra a adoção, como por exemplo, a possibilidade de que o enteado ou a enteada passe a utilizar o nome de família do padrasto ou da madrasta, como mencionada. Neste aspeto, há o reconhecimento do afeto, mas é conferida grande importância do direito ao nome, como direito de personalidade. Quando, por algum motivo, a adoção não ocorre, existe a

possibilidade do reconhecimento da família afetiva pelo sobrenome, mantido o sobrenome da família biológica. Esta forma reconhece a relevância do vínculo biológico sem descuidar da proteção da família de fato, com a presença de um padrasto ou madrasta em pleno convívio afetivo.

A jurisprudência tem caminhado no sentido de reconhecer a filiação para duas mães ou dois pais em decorrência do reconhecimento das famílias compostas por pessoas do mesmo sexo que desejam criar filhos comuns. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) — possui diversos acórdãos nesse sentido, como a decisão no REsp 1281093/SP — Terceira Turma — Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em dezembro de 2012:

“Recurso Especial. União Homoafetiva. Pedido de Adoção Unilateral. Possibilidade. Análise Sobre a Existência de Vantagens para a Adotanda. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido”.

Pensando na proteção da criança adotada ou concebida por fertilização assistida, o Judiciário declara o casal de pessoas do mesmo sexo como juntamente responsável pelo poder familiar da criança comum, algumas vezes filho/a biológico de um/a dos componentes do casal e que estaria sendo adotado/a pelo/a outro/a. As decisões judiciais são no sentido de declarar que ambas ou ambos são mães ou pais daquela criança, rompendo definitivamente com o ciclo biológico e a lei da natureza, para conferir direitos e deveres para pessoas do mesmo sexo que a criem e eduquem. A partir daí, pode ser exigida de cada um dos indivíduos que compõem o casal toda a proteção para aquela criança e o cumprimento das responsabilidades parentais de forma absoluta. São decisões avançadas e já consolidadas, mas que continuam prevendo o número de dois para constar como filiação.

No caso analisado, é requerido o reconhecimento da existência de duas mães, uma biológica e outra afetiva, sem que seja um casal e mantendo o nome do pai, em novo desafio apresentado pela dinâmica social.

O registro público existe para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, como disposto no artigo 1.º da Lei n.º 6015/73. O registro de pessoas naturais tem a responsabilidade de retratar a situação de estado das pessoas, o que de fato ocorre, tornando o registro mais seguro e autêntico. O reconhecimento dos fatos não gera insegurança jurídica ou constrangimentos, porque o fato é pré-existente e apenas passa a ser declarado publicamente. Seria mais fácil para a sociedade se as situações de fato se tornassem públicas, como, por exemplo, um registro civil de união estável, declarada como estado de fato e alçada a estado civil, onde todos teriam acesso a essa informação, o que evitaria inúmeros problemas quando da compra e venda de bens imóveis, por exemplo. O que se pretende é exatamente a declaração

pública de uma situação de fato, em que costumes, anteriormente mantidos em segredo, se tornam públicos. A abordagem sobre os costumes é bem traçada por Nietzsche⁵, ao observar que:

“[n]ão se sabe que o mesmo grau de bem-estar também pode existir com outros costumes e que até é possível alcançar graus mais elevados. Mas aquilo que se percebe bem é que todos os costumes, até os mais austeros, com o tempo se tornam mais agradáveis e suaves e que até o modo de vida mais severo se pode tornar um hábito e, portanto, um prazer.”

Não podemos assumir a posição da lei naturalística de que filho/a somente pode ser registrado/a por duas pessoas, e não por três, porque concebido somente por duas pessoas, um homem e uma mulher. Primeiro, porque este ciclo, como se demonstrou, já está rompido há muito tempo, segundo, porque a prevalência do vínculo biológico deixou de ser o aspeto relevante no direito que tem enorme consideração pelas relações de afeto. Mas como justificar que passe a constar no registro o nome de três pessoas?

Devem ser analisadas as razões para permitir ou vedar que constem duas mães no registro em razão de as duas serem consideradas mães pelos autores, apesar da legislação não ter proibição específica, nem autorização expressa e sem desconsiderar toda a tradição histórica de filiação por duas pessoas, tradicionalmente um homem e uma mulher e, contemporaneamente, duas mulheres ou dois homens, mas sempre limitado a duas pessoas. A sociedade vinha reconhecendo a filiação como par e não como ímpar.

Para desenvolver uma decisão adequada, diante de fatos reais e da insuficiência legislativa, é necessária a utilização de metodologia própria para questões da área jurídica com fundo ético e moral. O que é certo ou errado fazer deve ser respondido com argumentação coerente e justificada, como a bioética o faz.

Fazendo apropriação de teoria bioética desenvolvida por Beauchamp & Childress⁶, passo a considerar os Princípios que estão sendo evocados neste caso. A análise toma por base os Princípios bioéticos do respeito à autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça.

Estes Princípios foram desenvolvidos pela filosofia para a ética biomédica e se aplicam perfeitamente à análise porque um julgamento desta ordem não pode ter suporte exclusivamente jurídico, por se tratar de uma discussão com forte conteúdo moral, portanto, tratado pela ética. A teoria é escolhida porque os quatro Princípios possuem forte conteúdo ético e podem ser depreendidos da legislação Constitucional vigente, atendendo ao sistema jurídico Brasileiro. A relação da bioética com o tema está no fato de que, na ordem da psique

⁵ Friedrich Nietzsche, *Humano, Demasiado Humano*, Companhia de Bolso, 2010.

⁶ Beauchamp & Childress, *Princípios da Ética Biomédica*, Oxford, 2014.

humana, da vida, a tomada de decisão com base na moral irá repercutir em cada ser humano envolvido, de forma positiva ou não. Portanto, fundamental que se tenha um bom caminho para encontrar a resposta adequada.

A Constituição Federal Brasileira determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É direito fundamental previsto no artigo 5.º que no seu *caput* assegura o direito à liberdade. Da mesma forma preserva a inviolabilidade da vida privada onde estabelece que o indivíduo pode viver sua vida da forma que desejar, sem interferências além daquelas que o próprio indivíduo permita, observadas as limitações legais.

Percebe-se a necessidade de que seja respeitada a autonomia de cada um dos três adultos, autores da ação judicial. Constituíram relações familiares sólidas e requerem o reconhecimento do Estado sobre elas. Certamente cresceram em ambiente familiar almejado por todos. Harmonioso, respeitoso, amoroso e repleto de valores positivos. Um dos valores patentes é o respeito à figura materna, que é a mãe que os gerou e que por motivo de doença faleceu precocemente e deixou a filha ainda bebê e os outros dois filhos ainda muito pequenos. Certamente a memória desta mãe foi preservada não só pelo pai dos autores, como também pela mulher que os criou junto com o pai, após a morte da mãe biológica. Os espaços ocupados foram distintos no tempo, mas nem por isso representaram uma substituição, e sim uma soma de sentimentos e afetos. Isso se diz, inclusive com relação ao terceiro filho que por ocasião do falecimento da mãe biológica tinha meses de vida. A memória afetiva transmitiu-se através dos irmãos e, certamente, com a ativa participação de M.

Se uma mulher, que não gerou um filho/a, é considerada mãe, somente quem pode fazer esse julgamento é quem foi por ela criado. Quando os autores declaram que M. é a mãe deles, o fazem com simples narrativas como a que destaco, na qual um dos filhos assim se referiu:

“[f]oi ao lado dela que aprendi a andar, ler, escrever. Foi ela que me botava para dormir, todas as noites, contando histórias maravilhosas. Ela esteve — e está — comigo em todos os momentos. Festas de escola, ballet, natação, aulas de recuperação. Nas crises da adolescência foi ela que me aturou, me deu colo, ombro e limite.”

Este depoimento emotivo pode justificar que M. seja considerada a mãe, mas não dá argumentos para que se mantenha o nome da mãe biológica no registro. Por isso destaco a declaração de outro dos filhos:

“[t]inha 5 anos quando a minha mãe T. faleceu. Apesar da minha pouca idade tenho lembranças como sofri e de como ela era especial. Ela era quem preparava as nossas festas de aniversário, em cada detalhe, lembro de como ficava feliz de sentir o amor dela por nós refletido em cada detalhe de nossa casa, brinquedos, roupas e vida... X. chegou

na nossa vida, justamente durante a minha alfabetização e como tive problemas de aprendizado, pela falta de minha mãe, X. assumiu este papel... não trabalhou mais para poder ter seu tempo dedicado a cuidar de mim e de meus irmãos... Ela foi presente na minha educação, nas consultas médicas, nas viagens e também, nas festas de aniversários, que fazia com muito amor e carinho. Enfim, ela foi, é e será sempre minha mãe..."

O filho mais velho declarou:

"[e]u tinha 9 anos quando T., minha mãe biológica, morreu. Minha mãe era uma mãe exemplar. Se dedicava inteiramente à família. Tudo em nossa casa era extremamente bem cuidado, nossas roupas impecáveis. Ela torcia loucamente por mim a cada competição de natação. Eu adorava nossas viagens... até hoje essas lembranças são doloridas. Algum tempo depois do falecimento dela, meu pai começou a namorar a X... fiquei satisfeito de vê-lo sorrindo de novo.... X. estava do meu lado em todos os momentos importantes da minha vida, desde a infância, até os dias de hoje...."

É evidente o vínculo afetivo de mãe construído por X. Mas, especialmente para os dois filhos mais velhos, T. não deixou de ocupar imenso espaço na vida dos três filhos. A mais nova, que perdeu a mãe biológica antes de um ano de vida, vivenciou toda a história afetiva preservada pelo pai e pela própria M. e foi contagiada pelos irmãos. Esse é o diferencial do caso. Há dupla maternidade afetiva ou, no dizer de Fernando Pessoa, *"a dupla existência da verdade"*.

Não há dúvidas de que ambas são consideradas mães. Uma biológica/afetiva e a outra afetiva. Tirar o nome da mãe biológica para colocar o nome da mãe afetiva causaria mal aos autores, pela memória da mãe biológica. Deixar o nome da mãe biológica e não reconhecer a mãe afetiva é imposição de dano aos autores porque deixaria de conferir o reconhecimento de tudo o que viveram e vivem até hoje com M.. Pelo Princípio bioética da não-maleficência deve ser evitado todo dano desnecessário. Esse é um Princípio bioético obrigatório de não causar mal a outrem, sem justificativa plausível.

O princípio encontra suporte no artigo 5.º, II da Constituição Federal, onde se prevê que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento degradante como direito fundamental. Deixar de conceder algum direito, que não é vedado por lei, é uma forma de causar mal a alguém e se equipara a tratamento degradante. Portanto a não-maleficência também se apresenta como direito fundamental.

Perguntas importantes devem ser formuladas e debatidas. Haveria algum mal a ser causado à sociedade? Qual seria o prejuízo de se reconhecer publicamente ambas? Que insegurança traria à sociedade?

Para a sociedade não se verifica qualquer prejuízo no reconhecimento simultâneo. O que temos é uma tradição de séculos, onde somente constavam

pai e mãe no registro civil, que deixa de ser seguida porque a própria sociedade criou novas formas de relacionamento sem deixar de preservar o respeito por quem participou desta construção. É uma formação familiar diferente e que o Estado de Direito, caracterizado exatamente por respeitar as diferenças sem qualquer forma de discriminação, deve reconhecer.

O argumento de que poderia gerar constrangimento para a pessoa que se apresenta com documento que contém duas mães e um pai não procede porque partiu da vontade destas pessoas. Também não gera insegurança social porque simplesmente acrescenta um nome aos documentos, sendo certo que existem documentos sem nome algum na filiação, com apenas um dos nomes e, recentemente, com nome de duas mulheres ou de dois homens. A sociedade deverá apenas se acostumar a ver três nomes na filiação. Nenhum prejuízo real à coletividade que possa limitar o direito individual pleiteado. É o “prazer dos costumes” pontuado por Nietzsche: *“todos os costumes, até os mais austeros, com o tempo se tornam mais agradáveis e suaves...”*.

Na concepção de uma interpretação baseada nos direitos, como proposta por Dworkin⁷, no livro “Uma questão de Princípios”, é possível se admitir que o direito em que os autores baseiam seu pedido é legítimo e deve ser respeitado. Esta concepção vai além do texto legal, respeita os direitos individuais onde não há vedação expressa. Se reconhece o direito personalíssimo relativo ao vínculo da maternidade biológica/afetiva interrompido de forma involuntária, como também o reconhecimento da maternidade afetiva/não-biológica ocorrida posteriormente e que perdura até hoje.

No mundo de hoje, as tradições estão sendo desconstruídas pelo fato de que os indivíduos estão assumindo seus desejos, que não ficam escondidos dentro de casa. A narrativa acima certamente aconteceu com muitas outras famílias, ainda em tempos longínquos. Contudo, as pessoas sequer cogitavam de fazer um pedido judicial desta natureza. E se procurassem um advogado para isso, dificilmente encontrariam advogados com a ousadia dos patronos que assinaram a petição inicial desta causa. Somente pela construção argumentativa deles é que os autores puderam ter uma resposta do Judiciário sobre tema inexplorado. Este é o papel da advocacia. Colaborar na construção e reconhecimento dos direitos. Contribuir para construir e ampliar a jurisprudência.

Sendo possível ao Poder Judiciário beneficiar os autores, deve fazê-lo. Embora o Princípio da beneficência não seja obrigatório em geral, para o Judiciário há obrigação em beneficiar, em razão da relação criada entre o Estado-Juiz e as partes, desde que não ultraje direitos de terceiros. Não ocorrendo isto, o direito postulado deve ser concedido em benefício de quem pede. O Princípio da beneficência tem este propósito, mas sempre do ponto de vista de quem será beneficiado e não de quem concede o benefício.

⁷ Ronald Dworkin, *Uma questão de princípios*, Martins Fontes, 2005.

Neste sentido a Constituição determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, previsão do artigo 5.º XXV. Com este direito fundamental reconhecido, a ameaça ou lesão a direito podem ser analisados pelo Judiciário a fim de que cesse a ameaça ou que se desfaça a lesão ou haja o ressarcimento adequado. Diante disso é obrigatório ao Judiciário conceder o benefício requerido em Juízo caso o indivíduo tenha o direito reconhecido pela construção interpretativa.

Quanto ao Princípio da Justiça, distribuir direitos que são devidos a alguém, a Constituição assegura todos os direitos fundamentais garantindo a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, os direitos sociais, enfim uma gama de direitos a serem preservados, concedidos e protegidos, observada a adequada distribuição de recursos. O Brasil tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. Distribuir justiça é propósito específico do Estado Democrático de Direito. Por isso deve ser analisada a justificativa que nega pedidos como esse sob o enfoque do Princípio da Justiça.

Em decisão deste ano, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação cível n.º 70045753456, Sétima Câmara Cível, decidiu negar direito semelhante por impossibilidade jurídica do pedido:

“...o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai e mãe não pode buscar o reconhecimento simultâneo de outra paternidade e maternidade, salvo se buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral...”

O que indago é porque um pedido se torna juridicamente impossível quando a situação fática é exatamente como está sendo requerido e produz efeitos no mundo jurídico com repercussão na vida dos envolvidos. Duas mulheres assumem o papel de mãe e o exercem concomitantemente ou o exerceram sequencialmente. Somente seria impossível se não existisse a possibilidade de repercutir juridicamente no mundo concreto. Por isso, é possível ser analisado o mérito. Imagine se M. necessitar de alimentos e requerer em Juízo em face dos filhos afetivos. Seria relevante o fato de constar como mãe dos autores para postular o direito em Juízo. Imagine se há direitos sucessórios pendentes com relação à mãe biológica falecida. Permanece relevante o liame biológico. Ambos são importantes. A ausência de previsão legal não é justificativa plausível porque somente não se pode fazer o que a lei veda expressamente, o que não é o caso.

Há notícia, em alguns sites, de decisões que concedem o direito. Uma no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, outras duas no Tribunal de Rondônia, outra no Tribunal do Recife e mais outra na 2.ª Vara de Família do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, todas no Brasil. Nesta última foi reconhecida a tripla filiação de uma mulher de 54 anos que poderá acrescentar o nome do pai de criação, que faleceu há dois anos, ao lado do nome do pai biológico, que morreu quando ela ainda era pequena, conforme consta do site do próprio Tribunal do Distrito Federal.

Apenas um acórdão favorável foi encontrado no site do Tribunal de São Paulo, cuja ementa segue:

“APELAÇÃO CÍVEL — Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286

Comarca: Itu (2.ª Vara Cível)

Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família — Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no artigo 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes — A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido”.

Após a análise bioética, a decisão deve ser no sentido do respeito à autonomia de vontade dos requerentes; de não causar mal aos autores obrigando a retirar o nome de uma das mães do registro verificando que não há qualquer prejuízo para os envolvidos e nem mesmo para a sociedade e evidenciada a beneficência na concessão do pedido porque trará conforto aos autores em reconhecer como mãe a mulher que os criou sem deixar de preservar a memória da mãe biológica. Por fim, aplicar o Princípio da justiça, pois retirar o nome da mãe biológica, neste caso, macularia a memória da mãe biológica, tão importante para os filhos, e não acrescentar o nome da mãe afetiva deixa de conferir o reconhecimento que os três autores desejam fazer de forma pública.

A resposta dependerá sempre do caso concreto, dos detalhes de cada situação. Aqui temos duas maternidades afetivas, uma biológica e a outra sem vínculo biológico. Não significa que sempre serão reconhecidas duas mães quando uma tiver falecido e a outra a substituir. O que importa é verificar a efetiva participação no papel materno e a intensidade dessa participação, a fim de justificar a presença do nome das duas ou outro motivo que confira boas razões para assim se decidir. Não se trata de banalizar regras jurídicas antigas, mas adequar as regras existentes a situações que podem modificar a vida das pessoas envolvidas. Protegendo os direitos dessas pessoas. Isso implica que sejam alcançados todos os direitos e deveres advindos do reconhecimento. Para efeitos sucessórios, para responsabilidade quanto ao dever de cuidado do idoso, para efeitos previdenciários pertinentes, enfim, todos os direitos decorrentes.

Também não é o caso de se permitir tantos pais e tantas mães que as partes manifestem o desejo de ter reconhecido judicialmente. Cada indivíduo exerce seu papel nas relações e este papel será analisado de acordo com a lei vigente e com os princípios. Uma avó, mesmo que substitua a mãe bioló-

gica, criando os netos e realizando o papel de mãe, não poderá figurar no registro como mãe, porque há impedimento legal expresso no Estatuto da Criança e Adolescente, por exemplo.

Seguindo os quatro Princípios bioéticos e realizada a ponte entre a ética e o direito, preconizada pelo biodireito, é de se reconhecer a procedência do pedido inicial para acrescentar o nome de M. como mãe dos três requerentes, ao lado do nome de T., que deve ser mantido, além de acrescentados os nomes dos avós maternos por parte de M.. Mediante a alteração do registro, os demais documentos públicos deverão conter o nome do pai e das duas mães. O sobrenome dos três autores não foi alterado porque M. utiliza o sobrenome do pai deles, comum à família. Uma família de um pai e duas mães, distanciadas no tempo, mas não no afeto comum aos três filhos.