

# QUARTA CÂMARA CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL**

**PROCESSO Nº XXXXXXXXXXXXXXXX**

**APELANTES: S. M. S. A. e L. Q. P. G.**

**REVISOR VENCIDO: DES. WAGNER CINELLI DE PAULA  
FREITAS**

**Apelação cível. Jurisdição voluntária. Pedido de declaração de dupla maternidade. Parceiras do mesmo sexo que objetivam a declaração de serem ambas genitoras de filho concebido por meio de inseminação artificial, na qual os óvulos foram doados por uma e, depois de fecundados por sêmen de doador anônimo, implantados na outra, que gestou e deu à luz a criança. Relativismo da verdade biológica. Ausência de disposição legal expressa que não é obstáculo ao direito das autoras. Direito que decorre de interpretação sistemática de dispositivos e princípios que informam a Constituição da República. Arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, e 226, §7º, da Carta Magna. Evolução do conceito de família. Maternidade de uma decorrente do fornecimento do óvulo que veio a ser fecundado. Maternidade da outra decorrente da gestação, impondo o reconhecimento de que ocorrem trocas físicas e psíquicas entre a gestante e o feto. Pretensão que, além de espelhar situação fática consolidada, atende ao superior interesse do menor por lhe garantir direitos. Ausência de litígio entre as requerentes. Possibilidade jurídica do pedido. Voto vencido pelo conhecimento e provimento do apelo.**

**VOTO VENCIDO**

Trata-se de processo de jurisdição voluntária em que as duas requerentes destacam viver em união estável há quinze anos e que, para realizarem o sonho de se tornarem mães, recorreram à inseminação artificial, tendo a primeira fornecido os óvulos que foram fertilizados por sêmen de um doador anônimo e a segunda recebido os óvulos fecundados, sendo, pois, a gestante. Pretendem que ambas sejam declaradas mães da criança, assim constando no respectivo assento de nascimento.

A sentença, que está a fls. 251/263, julgou o pedido improcedente.

O Promotor de Justiça, a fls. 288/298, opinou pelo indeferimento da inicial por inépcia, por impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito.

Manifestação da Procuradoria de Justiça, a fls. 302/305, pelo desprovimento do recurso.

É o sintético relatório.

Com a devida vênia de meus dois colegas, por quem tenho respeito e admiração, divirjo de suas posições.

Inicialmente, rejeito a proposta do Dr. Promotor de Justiça, pela qual simpatizou o relator, no sentido de que o pedido autoral seria juridicamente impossível. As autoras não estão pedindo a anexação da lua. Tanto seu pedido é possível que é o próprio relator que aduz que ele seria naturalmente impossível. Se é para se fazer aferição sobre algo ser naturalmente impossível ou não, estamos tratando do mérito.

Reconheço de pronto que o caso trazido é novo e também reconheço que sua chegada era apenas uma questão de tempo.

Consideramos por longo curso que a verdade biológica era a determinante fundamental da verdade jurídica. Entretanto, aprendemos pela necessidade da vida social que essa premissa, em muitos casos, gerava imensa injustiça e afrontava direitos, especialmente contra os do menor, ser que necessita de especial atenção do Estado e de todos.

Temos tido a oportunidade de assistir e participar de julgamentos em que o homem registrava filho que sabia não ser seu e depois que a união com a genitora da criança era dissolvida vinha ele à Justiça buscar o

reconhecimento de que não era pai. De fato, se realizado exame de DNA, provado seria que ele não era o genitor. Mas o Judiciário vem reiteradamente reconhecendo que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza ou solércia, como for o caso, devendo – isso sim – ser privilegiado o superior interesse do menor. Ou seja, nessa hipótese traçada, a verdade biológica não mais determinava a verdade jurídica.

Aliás, há muitas pessoas que em registro de nascimento têm apenas o nome de um dos genitores, geralmente apenas o da mãe. Decerto que tal não encerra uma verdade biológica plena uma vez que ainda desconhecemos *clone* humano, apesar da obstinação de alguns cientistas, como, por exemplo, o italiano Severino Artinori, que inclusive já anunciou tal façanha, embora não comprovada, que teria sido o nascimento do denominado bebê Eva.

Situação ainda ocorrente e que causa alarme é a existência de um contingente de pessoas Brasil afora, a maioria crianças e adolescentes, que nem mesmo possuem registro de nascimento. Tecnicamente, perante o Estado, não têm pai e nem mãe.

Culturalmente temos ainda um certo apego à idéia de uma família tida como tradicional. Porém, neste Século XXI, não consigo alcançar bem o que possa hoje ser isso. A família tem sofrido muitas alterações ao longo dos anos. A família, antes do advento da pílula anticoncepcional, tendia a ser numerosa. Separações eram raras, sendo evitadas mesmo em situações de grande desarmonia conjugal, por motivos da cultura, da sociedade. O divórcio só se tornou legal no Brasil em 1977 (Lei 6.515, de 26/12/77). A estigmatização era um risco de alta probabilidade, especialmente para a mulher.

Muito mais poderia ser dito sobre o tema, mas um enfoque rápido sobre as modificações no âmbito da família pode ser extraído da análise feita pelo jurista Orlando Gomes, que, em edição da década de 80, traçava os caminhos da família patriarcal para a família moderna, apontando alterações de ordens quantitativa e qualitativa. Veja-se:

“Na sua composição, a mudança foi grande, consistindo em tamanha contração que se reduziu aos cônjuges e à prole. Essa transformação estrutural que representa a passagem da grande família para a família nuclear teve repercussões importantes na sua unidade e no próprio comportamento dos membros do grupo, podendo se afirmar que a mudança não é apenas quantitativa, mas

também qualitativa, inclusive por ter favorecido a prática da dissolução do vínculo matrimonial. Com o desaparecimento da família patriarcal e a irrelevância, inclusive para o Direito, do vínculo genérico do sangue, segue-se, na família nuclear a tendência para o desaparecimento das famílias numerosas em razão de dois importantes dados: o ônus da criação de um filho representado pelas crescentes exigências a serem satisfeitas no campo da dieta alimentar, da instrução, dos cuidados médicos e tantos outros e a desvalorização da mão-de-obra diante do progresso dos processos de mecanização e automação.”

Fonte: Gomes, O. *Direito de Família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17.

Como dizia o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a matéria-prima do juiz deve ser a realidade. E a realidade sobre o tema me leva a reconhecer que a família dos dias de hoje se distingue bastante da família de poucas décadas atrás. Há mais famílias uniparentais ou monoparentais, que são aquelas sem o pai ou a mãe. Há famílias em que os filhos são criados por outro parente. Há famílias em que o marido tem filhos de relações anteriores, a mulher também, além dos filhos comuns.

Com essa observação quero apenas dizer que a família mudou. Ela pode ser – e é – de diversas formas, não cabendo a nenhum de nós dizer aprioristicamente que esta ou aquela formatação é melhor ou pior, ou, ainda, que esta ou aquela formatação garante um melhor ou pior desenvolvimento da personalidade e das potencialidades desta ou daquela criança.

Certo é que a vida social é dinâmica e nos colocará questões antes impensadas. Muitas vezes nos surpreenderá. Para Claude Lévi-Strauss, fundador da antropologia estrutural, seria impossível fazer uma fotografia fidedigna da sociedade, pois essa foto nunca seria capaz de dar conta da totalidade dessa sociedade, além de que já estaria defasada no mesmo instante em que fosse tirada.

A vida social está em permanente mudança, a evocar a propriedade da afirmação dos filósofos Marx e Engels no sentido de que tudo o que é sólido se desmancha no ar.

Percebo que tanto o voto do relator quanto a declaração de voto do eminente vogal são acordes no sentido de que nosso ordenamento jurídico não autorizaria o reconhecimento de um filho gerado e parido por duas mães.

Pedindo escusa, manifesto meu entendimento em sentido contrário. Concordo que não encontramos na lei autorização expressa a amparar a pretensão das requerentes. Mas tenho que o caso sob análise não deve ser resolvido com a lei, mas com uma interpretação dos fatos trazidos diante da Constituição Federal, que, como se sabe, está no ápice da pirâmide de Hans Kelsen, ou seja, todas as leis estão subordinadas a um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, sendo a mais importante delas a Constituição.

O art. 1º, III, da CF consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República.

O art. 3º, IV, da Carta Magna, elege como objetivo fundamental: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (grifou-se).

O art. 5º, *caput*, proclama a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”.

Tenho que no caso em apreço há discriminação em se negar que duas mulheres, que vivem em união estável homoafetiva e que contribuíram para a existência física de uma criança, não possam ser consideradas genitoras. O entrave que encontram essas duas cidadãs da República Federativa do Brasil, que possui uma Constituição que proclama a não discriminação de qualquer forma que seja, é exatamente o preconceito. Digo isso pedindo todas as vênias, mas é necessário que isso seja dito porque, a meu sentir, é exatamente disso que cuida o presente recurso.

Lembro-me que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na década de 60, mesmo sem lei que assim autorizasse, interpretou, com base no ordenamento jurídico, a situação daquelas pessoas que viviam em concubinato, atualmente denominada união estável, reconhecendo-lhes direitos que hoje estão mais do que internalizados.

Registro, por oportuno, que, como magistrado, não devo fazer julgamento moral e nem utilizar a religião como base de minhas decisões. Minha moral e minhas convicções religiosas norteiam meus pensamentos e

ações e apenas isso, sob pena de eu, ainda que inconscientemente, repudiar a diversidade ou o necessário respeito ao outro.

Entendo não ser cabível a pretendida discussão sobre a ética médica no caso em análise porque estamos lidando com um fato consumado, ao que consigno a recente alteração pelo Conselho Federal de Medicina quanto às normas éticas que regem a utilização de formas artificiais ou assistidas de reprodução humana. Além disso, deparamo-nos com realizações bem mais complexas do que a dos autos, como, por exemplo, quando a reprodução conta com o sêmen de um doador anônimo, o óvulo também doado, a barriga de uma outra pessoa e o pai e a mãe da criança não participaram da reprodução com nenhum elemento físico que pudessem ter fornecido, a não ser com a intenção, sempre nobre, de serem pai e mãe. E o são.

É de se notar que a primeira requerente forneceu seu óvulo. Isto é, se fosse realizado exame de DNA seria comprovado que, geneticamente, é a mãe da criança. A segunda requerente gestou a criança, ou seja, foi em seu útero que o feto se desenvolveu e é medicamente inegável a troca de interações físicas e psíquicas entre gestante e feto. Fica aqui desde já uma questão: quem é a mãe ou quem é a mais mãe? A fornecedora do óvulo ou a que gestou o bebê? Antecipo que, para mim, as duas são mães e pronto. As duas contribuíram de forma física e também psíquica para a existência e desenvolvimento do bebê.

Por essa razão simples tenho que, a princípio, dois homens não poderiam ser reconhecidos como pais de uma mesma criança. Mas não é isso que está em julgamento. Como também não estamos julgando a possibilidade de três pessoas quererem ser reconhecidas genitoras de uma mesma criança, como temido pelo eminente relator, notadamente na reflexão que consta de fls. 317.

Aliás, sabemos que muitas pessoas vivem em união homoafetiva. Sei de algumas pessoas e basta ligarmos a televisão ou lermos jornais e revistas para tal constatação. Mas confesso desconhecer casal de três. Se há, creio que deva ser algo socialmente mantido em clandestinidade.

Como o juiz é uma pessoa de seu tempo e lugar, que são dimensões aristotélicas clássicas, verifico que neste meu tempo, na data de hoje, e neste lugar que estou, Rio de Janeiro, Brasil, não me deparo com a questão da tríplice paternidade ou maternidade. Se amanhã ela existir, será enfrentada neste momento futuro.

As requerentes invocaram em favor de seu pleito o direito à herança genética. Esse ponto, no entanto, não me parece relevante. Como já dito acima, a importância da verdade biológica é relativa. Não que seja inexistente, mas relativa. Porque as duas requerentes contribuíram para a existência física da criança, tenho que são mães de fato e que também o devam ser de direito. Mas, como acertadamente ressalta Lévi-Strauss, “o que confere ao parentesco seu caráter de fato social não é o que ele deve conservar da natureza: é o procedimento essencial pelo qual se separa dela” (Lévi-Strauss, C. *Antropologia Estrutural*. 4 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991, p. 68-9).

O trecho transcrito acima – é claro – proclama a preponderância do social sobre o biológico.

Complementa o mestre:

**“Um sistema de parentesco não consiste nos elos objetivos de filiação ou consangüinidade dados entre os indivíduos; só existe na consciência dos homens, é um sistema arbitrário de representações, não o desenvolvimento espontâneo de uma situação de fato. Certamente isso não significa que esta situação de fato seja automaticamente contradita, ou até simplesmente ignorada. Radcliffe-Brown mostrou, em estudos presentemente clássicos, que até os sistemas de aparência mais rígida e mais artificial, como os sistemas australianos de classes matrimoniais, levam em consideração, cuidadosamente, o parentesco biológico. Mas uma observação tão discutível quanto a sua deixa intacto o fato, ao nosso ver decisivo, de que, na sociedade humana, o parentesco só é admitido a se estabelecer e se perpetuar por e através de determinadas modalidades de aliança.”** (grifou-se – obra citada, p. 69)

Noto, ainda, que independentemente do reconhecimento judicial da dupla maternidade pretendida, a criança será criada pelas duas requerentes. As duas serão suas mães de fato e, quando aprender a falar, certamente chamará as duas de mãe. A dupla maternidade, portanto, ocorrerá de qualquer forma no mundo fático.

Possivelmente ocorrerá também no mundo jurídico porque, diante de um insucesso neste processo, terão as requerentes a possibilidade

de chegarem a um resultado similar com o pedido de adoção por uma delas, que, como salientado pelo vogal a fls. 323, há precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Não será igual, mas digo que será similar porque a certidão de nascimento que vier a ser expedida com o nome da genitora adotante não poderá fazer qualquer designação discriminatória relativa à filiação, nos termos do art. 227, §6º, da CF.

As apelantes dirigiram memoriais aos julgadores, antes da sessão de julgamento, apresentando cópia de sentença proferida em caso análogo, que julgou o pedido procedente. Trata-se do processo 0040203349-12.2009.8.26.0002, da 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, Foro Regional II – Santo Amaro, da lavra do juiz Fabio Eduardo Basso, que fundamentou sua decisão interpretando os mesmos dispositivos constitucionais supra referidos. Ressalto que S. Exa. também se reportou “a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, *caput* e 226, §7º, da CF)” e “ainda, o dever da não-discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem”.

Quanto ao denominado superior interesse da criança, o reconhecimento da dupla maternidade o consagra. É que a criança terá reconhecidas, como suas responsáveis, duas pessoas, que efetivamente contribuíram para sua concepção e gestação. Ou seja, na falta de uma, a outra continua responsável. Na ausência, ainda que temporária de uma, a outra legalmente representará a criança perante escola, hospital, etc. Na falta de uma, os direitos previdenciários e sucessórios ficam garantidos, não se podendo confundir tal situação com aquela em que, no passado, avós buscavam a guarda de netos apenas para transmitir-lhes direito a benefício. No caso dos autos, as duas requerentes serão realmente as guardiães da criança.

Faço uma observação quanto aos debates havidos em sítio de relacionamento envolvendo o tema aqui tratado e que foram trazidos aos autos pelas requerentes (fls. 213/235). Minha leitura sobre o assunto, ao que peço vênia ao eminente vogal, não foi a de que as requerentes expuseram o então nascituro à chacota, mas pretenderam apenas um debate. O mesmo tema que, aliás, foi matéria de capa da conhecida Revista, do Jornal O Globo, veiculada aos domingos, de duas semanas antes do início deste julgamento. Há possivelmente um certo ativismo da parte delas para uma problemática que as sensibiliza e que estavam e estão vivenciando. Quiseram, a meu ver, apenas trazer o problema à luz. Houve opinião contra e a favor. Houve manifestação respeitosa e desrespeitosa. Houve manifestação compreensiva e preconceituosa.



Lembro-me do cientista social e Professor Luiz Eduardo Soares, que em palestra na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em seminário sobre segurança pública, apontava que saber nem sempre é compreender. E tem razão o renomado acadêmico. Saber sobre um assunto nem sempre envolve compreendê-lo. E para que haja a compreensão é necessário o exercício permanente de se colocar no lugar do outro.

No tocante a como a criança haverá de encarar o fato de ter duas mães quando estiver mais amadurecida, considero não me caber fazer previsão futuroológica. A criança, como dito, será criada pelas duas. Parece, inclusive, que as duas requerentes são pessoas de boa formação, sendo a primeira publicitária e a segunda administradora. A vida em comum desse casal não é escondida, ao contrário, é assumida perante a sociedade, sendo que a família, inclusive tios e avós, deram declaração de que concordam com o registro pretendido (*vide* fls. 21/25), aceitação familiar essa bem evidenciada também pelas fotos trazidas (fls. 29/45).

Não é possível, até o momento, fazer qualquer aferição desabonadora a esta família, sendo certo que o que contribuirá para a formação da criança serão os valores que lhe serão introjetados, não havendo garantia para nenhum ser nascido neste mundo de como será quando adulto.

Mas se é para apostar quanto ao futuro, pressinto que o jovem B. terá todas as oportunidades de estudo e desenvolvimento que os demais de sua classe social, com a vantagem de que seguramente foi desejado tanto por S. quanto por L., o que nem sempre ocorre com tantas outras pessoas, frutos indesejados e que, às vezes e muito lamentavelmente, têm no lixo da rua seu primeiro berço. Não digo o que acabei de dizer com qualquer intenção panfletária. Digo o que disse com o reconhecimento da existência de fatos que têm palco em nossa sociedade e que são trazidos à minha cognição cotidianamente, seja através de processos judiciais, seja através da simples leitura da primeira página do jornal.

A Dra. Halina Grynberg, em palestra proferida para novos juízes na EMERJ, destacou que a lei na família, em sentido psicanalítico, não tem o significado da lei para o Direito. A lei na família significa a ordem, ou o “pai”. Mas esse papel do “pai” não precisa ser exercido por uma figura masculina. Muitas vezes o “pai” ou “a lei” ou “a ordem” ou “aquele que diz o não” na família é exercido por uma mulher, que pode ser a mãe, a avó, a tia, etc. Esse papel de comando dentro de uma família não carece

necessariamente de uma figura masculina, sendo certo que em muitas famílias, que têm a figura do pai, esse posto é exercido por uma mulher.

Um outro ponto interessante sobre esta ação é que não estamos diante de um litígio entre as requerentes. Trata-se de jurisdição voluntária e as duas requerentes estão de acordo entre si. Litigam, isso sim, contra o Estado, a me trazer à memória escritos do antropólogo Pierre Clastres, notadamente sua obra *A Sociedade contra o Estado*, na qual chama atenção sobre a possibilidade do Estado se tornar, em certas situações, o inimigo da sociedade. Há na tensão entre sociedade e Estado uma relação dialética e que reclama, de forma constante, cobranças e mudanças. Aí surge o Judiciário como um dos caminhos para o reconhecimento de direitos, muitas vezes negados pelo Estado aos membros da sociedade. É o Estado-juiz dizendo ao Estado como tal fato social deve doravante ser tratado, como aconteceu, como dito acima, com o reconhecimento de direitos às concubinas pelo Supremo Tribunal há aproximadamente meio século.

Recordo-me também do Desembargador e Professor Álvaro Mayrink, com base em alguns julgamentos, concluindo, em palestras proferidas no Fórum de Execução Penal, na EMERJ, que o Tribunal tanto pode se tornar uma “fábrica de maldades” quanto uma “de felicidade”.

Neste caso, o que querem as requerentes é possível, pelas razões supra, e seria a forma de o Estado-juiz contribuir para a felicidade delas e da criança.

Felicidade que será tanto mais ampla com o reconhecimento de que tanto uma quanto a outra requerente, além de serem mães de fato da criança para cuja existência contribuíram, são também mães de direito.

O juiz de nosso século não é um mero leitor da lei e não deve temer novos direitos. Haverá sempre novos direitos e também haverá outros séculos. Deve estar atento à realidade social e, cotejando os fatos com o ordenamento jurídico, concluir pela solução mais adequada.

O voto vencido, no presente caso, não serve para abrir às requerentes a porta dos embargos infringentes. Mas espelha o entendimento deste julgador sobre o assunto trazido, ao que acrescento que, muitas vezes, o voto vencido é apenas o direito do futuro. Às vezes, o futuro está mais próximo do que se poderia pensar.

Ante o exposto, rogando vênias aos demais julgadores, voto vencido no sentido de se reformar a sentença, julgando-se procedente o

pedido, na forma da petição inicial, autorizando-se o registro da criança em nome das duas requerentes, constando os nomes de todos os avós (pais de cada uma das requerentes) no registro. Ou seja: que a criança é filho de S. M. S. A. e de L. Q. P. G., sendo avós I. L. A. e O. S. A. e C. F. P. G. e L. Q. P. G., devendo o nome da criança ser retificado para B. Q. G. S.. Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2011.

**WAGNER CINELLI**  
**DESEMBARGADOR**  
**VOTO VENCIDO**