

Mãe só tem uma?

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

Historicamente a concepção sempre ocorreu por meio do contato sexual de um homem e uma mulher. O material genético masculino era depositado nas entranhas de uma mulher que levava a termo a gestação, dando à luz uma criança, filha de ambos, por ser portadora dos caracteres genético dos dois.

Como o período fértil da mulher se estende por vários dias, não havia forma de se identificar, com segurança, quem era o genitor do filho que ela carregava ao ventre. Aliás, esta insegurança é que sempre levou à valorização da virgindade feminina como atributo de pureza e honestidade. Não é outro o motivo de a noiva vestir-se de branco e com a cabeça encoberta por um véu: demonstra ser virgem e recatada. Esta preocupação social com a certeza da paternidade era chancelada pela lei, que admitia a anulação do casamento caso o marido desconhecesse o desvirginamento da mulher, sob o fundamento de haver erro essencial sobre a pessoa. Diante da certeza de a esposa nunca ter se relacionado com outro homem, ao ser mantida reclusa no ambiente doméstico, o marido tinha a convicção de ser o pai dos filhos que ela viesse a ter.

A enorme preocupação em estancar as eventuais dúvidas masculinas e manter a paz familiar é que deu origem à presunção de paternidade: O pai é o marido da mãe. Ao fim, o que se presume nem é a filiação, mas a fidelidade da mulher. O pressuposto é de que a mulher é fiel ao seu marido. Logo, os filhos dela só podem ser filhos dele. Trata-se de verdade tão antiga que é identificada por uma expressão latina: *pater is est*. No entanto, esta crença resiste ao tempo e ainda se encontra no ordenamento jurídico.

Nem mesmo o surgimento da possibilidade de identificar a relação de filiação por meio de marcadores genéticos – o popular exame de DNA – levou o legislador a abandonar a identificação do vínculo da parentalidade por meio de ficções. A lei presume a paternidade pelo só fato do casamento, sem questionar se o par mantinha vida em comum à época da concepção (CC 1.597). Paradoxalmente a união estável não gera a mesma certeza. Mesmo que esteja documentada em contrato de convivência ou até por sentença declaratória da existência do vínculo, é necessário o reconhecimento da filiação (CC 1.607).

Esta distinção entre filhos havidos ou não da relação do casamento é de flagrante inconstitucionalidade, afrontando a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (CF 227, § 6º). Mesmo que a intenção da lei seja permitir que a mãe, apresentando a certidão de casamento, registre o filho em nome do pai, a presunção não tem a mínima razão de ser. Nada justifica negar acesso ao registro quando existe prova da união estável entre os genitores. Igualmente é de todo descabido assegurar ao marido o direito de proceder ao registro do filho em nome da mãe, pelo só fato de estar casado com ela. Ao depois – e talvez esta seja a situação mais inusitada – tendo a mãe registrado o filho somente em seu nome, a qualquer momento, pode o seu marido, munido da certidão de casamento, comparecer ao cartório e inserir seu nome como pai, sem necessitar sequer da aquiescência da genitora.

Todas essas meias-verdades atentam à origem biológica. Mas hoje, ao se falar de filiação, tem muito mais prestígio a filiação afetiva, ingrediente que vem impondo uma releitura sobre a responsabilidade parental. Adoção à brasileira, posse de estado de filho, filiação socioafetiva são termos que revelam novas realidades e não mais podem ser desconhecidas na identificação dos vínculos familiares. A doutrina, inclusive, cunhou uma distinção. Genitor é o que só participa da concepção com material genético, enquanto pai é aquele que

desempenha as funções paternas, o que cria, o que dá amor.

Se muitas sempre foram as dúvidas quanto à identificação da paternidade, a certeza da maternidade sempre foi absoluta. Até há antigo ditado que retrata este fato: *Os filhos das minhas filhas, meus netos são; os filhos dos meus filhos, serão ou não?* Porém, os avanços científicos no campo da engenharia genética não mais autorizam a singela resposta: Mãe é aquela que carrega o filho ao ventre. O fato de uma mulher parir uma criança não significa que seja ela a mãe. A gestação por substituição – a conhecida barriga de aluguel – permite que o óvulo de uma mulher seja fecundado por meio de concepção *in vitro* e implantado no útero de outra, que leva à gestação e o nascimento.

O uso das modernas técnicas de reprodução assistida vem se popularizando de modo a assegurar a todos o direito de ter filhos, constituir família, sem que para isso precise ter um par. As pessoas do mesmo sexo que mantêm uniões homoafetivas, mesmo sendo inférteis enquanto casal, têm acesso a esses procedimentos. Inexiste qualquer vedação legal ou ética que impeçam gays e lésbicas de contarem com o auxílio de clínicas de fertilização para gerarem filhos.

Os casais masculinos costumam utilizar material genético de ambos para evidenciar a comunhão do propósito de ambos serem os genitores. Sequer buscam saber a ascendência genética do filho concebido por meio de gestação por substituição.

Também as lésbicas, com frequência, se submetem a processo procriativo. Extraído o óvulo de uma, feita a concepção laboratorial, o ovo fertilizado é implantado na outra, que leva a gestação adiante. Nesta hipótese cabe perguntar: quem é a mãe? Ao manter-se a crença tradicional de que quem dá à luz é a genitora, teria ela o direito de proceder ao registro do filho em seu nome. No entanto, submetido o nascituro ao exame do DNA, fica comprovado que a genitora é aquela que forneceu o material genético. Assim, à pergunta, só uma resposta se

impõe: mãe são as duas, principalmente considerando o fato de o filho ter resultado do desejo de ambas de formarem uma família.

A estas realidades precisa atentar a lei, pois está na hora de acabar com descabidas presunções e se privilegiar a realidade da vida. Em face da inércia do legislador, a responsabilidade, como sempre, precisa ser assumida pelo juiz que, ao arrostar com a situação que lhe é trazida, não pode escudar-se na omissão legal para negar direitos. É indispensável assegurar também à genitora que participou do projeto parental, com o fornecimento de material genético, o direito de registrar o filho quando do seu nascimento. Não pode ficar sujeita a que a parturiente efetue o registro apenas em seu nome, pois o filho não é somente dela.

Como a lei assegura o direito do nascituro, não há como lhe negar, mesmo antes do nascimento, o direito à filiação. Aliás, este não é um direito dos pais, mas um direito do próprio filho de, ao nascer, ser registrado em nome do par que, com mútua participação, o trouxeram ao mundo.

O nome sinaliza o atributo maior da personalidade, pois diz com o direito à identidade. Indispensável que, em respeito à dignidade da pessoa humana, seja assegurado ao filho o direito de orgulhosamente dizer que tem o privilégio de ser alvo do amor de mais de uma mãe. Afinal, quem disse que mãe é só uma?

Publicado em 15/03/2009.

[\[1\]](#) Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões

Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS

Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM

www.mariaberenice.com.br