

# ASPECTOS JURÍDICOS DE CONJUGALIDADE E PARENTABILIDADE<sup>1\*</sup>

Camilo Colani<sup>2\*\*</sup>

Paternidade e Filiação quando se iniciam estudos concernentes ao direito de família, deve-se ter em mente a sua estrutura nuclear, a qual é composta pelo conjunto de normas, princípios e valores que regulam as relações entre as pessoas que estão, ou melhor, que podem estar ligadas entre si pelo vínculo do casamento, da união estável ou do parentesco. Modernamente, tem-se denominado tal conjunto de pessoas a “grande família”, em contraposição à “pequena família”, que se reduzida nuclearmente a: pai, mãe e filhos<sup>3</sup>.

Na verdade a mudança da denominação não adveio por acaso; antes de tudo reflete as transformações sofridas pela sociedade humana decorrentes de novos modos de produção que levaram a desintegração da estrutura familiar até então conhecida.

Neto de Carvalho traz elucidação a respeito do assunto:

*Durante milênios as transformações sociais decorreram com lentidão, sem prejuízo dos processos revolucionários e das numerosas guerras que entretanto ocorreram. A partir do Século XVI e, mais especificamente, do final do século XVII, a evolução social ganha uma aceleração crescente, que ainda se mantém, o que faz com que o problema de um maior ajustamento da teorização jurídica à realidade social adquira maior acuidade. Já não nos encontramos no domínio das sociedades tradicionais que tentamos caracterizar sucintamente, ultrapassamos mesmo a chamada sociedade industrial e encontramos deliberadamente lançados em novos processos de produção e de convivência cuja importância e significado importa analisar mais de perto<sup>4</sup>.*

1           \* In.: Lúcia Vaz de Campos Moreira (Organizadora), Juruá Editora, 2013, p. 289/312

2           \*\* Advogado. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (São Paulo) do Centro Universitário Jorge Amado e das Faculdades Jorge Amado, Unyanha e FTC (Salvador/BA). Professor do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Civil da UNIFACS – Universidade Salvador. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

3           José Lamartine **Corrêa de Oliveira** e Francisco José **Ferreira Muniz**. In *Direito de Família*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1º Edição, 1990, p. 35

4           Neto de Carvalho. In *Direito, Biologia e Sociedade* em rápida transformação Almedina,

Com efeito, baseando-se na hipótese suscitada pelo mestre lusitano, pode-se afirmar que as mudanças históricas atingiram frontalmente a principal organização<sup>5</sup> humana conhecida, a família. Esta veio a ser substituída por outras organizações tais como maternidades e hospitais (para início e continuidade da vida), escolas (para o aprendizado que anteriormente era realizado em casa), restaurantes ou refeitórios (que substituem a alimentação feita em casa), empresa (onde é realizada a produção), etc.

O Direito existente, face a estas mutações, muitas vezes não é suficiente para regular as novas relações emergentes, de tal sorte que haverá de aparecer, e já apareceram, verdadeiras lacunas, o que gerou opiniões tais como de Maria Helena Diniz, para quem:

*Enquanto não advier a legislação reguladora da produção humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido<sup>6</sup>, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia genética. Entretanto, que ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, frando-se assim, a atividade jurisdicional, que, então só poderá utilizar-se dos princípios gerais de direito comparado ante a complexidade dessa temática.<sup>7</sup>*

Entende-se que o direito, enquanto norma reguladora de condutas sociais, surge em momento posterior à ocorrência fática das relações que visa regulamentar. Portanto, quando fatos ocorrem sem a previsão legal, são aplicados dispositivos tais como o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito

---

Coimbra, 1992, p. 147.

5 Washington de **Barros Monteiro** manifesta expressamente o seu desagrado face a essa mudança, entendendo, inclusive ser o jurista responsável pela salvaguarda da atual estrutura familiar (*In Curso de Direito Civil*. 2. Vol., Ed. Saraiva, 29 ed., p. 2). Já para Caio Mário da Silva **Pereira** a crise observada na família, é “mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas”. (*In Instituições de Direito Civil*. Vol. V, Ed. Forense, 3 ed., p. 2).

6 Vale citar, quanto à tripartição modal e os dois valores da proposição normativa, texto de Lourival **Vilanova**, para quem: “O Conectivo dever-ser triparte-se em três relacionais específicos: obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P)... Esses três modais deixam lugar a operações puramente formais, sem sabermos conteúdo nenhum de norma nenhuma. Posso tomar um deles como primitivo (indefinível) e definir os demais com base nesse modal primitivo. Kelsen inclina-se para o modal obrigatório, Von Wright para o permitido. Assim, mediante operações formais e uso da negação dizer: uma conduta é proibida equivale dizer que é obrigatório omitir, e equivale a declarar que não é permitido fazer. Em linguagem simbólica:  $V(p) = O(-p) = -P(p)$ . Simbolizamos aqui a proposição normativa por  $p$  e a negação por “-“. Outras operações formais são, como veremos, possíveis”.

7 *In A Ectogênese e seus Problemas Jurídicos*, artigo Sup. Cit. Pág. 98

Privado. Todavia, a aplicação de tal dispositivo não deve visar, necessariamente, à limitação à atividade jurisdicional, nem tampouco, à atividade médica, neste tipo de reprodução humana, tal como preconiza a autora citada<sup>8</sup>.

Há autores, contudo, que chegam a opiniões mais extremas quanto à necessidade de evolução legislativa. Carbonier, por exemplo, é partidário de não se legislar mais sobre o assunto, uma vez que, segundo ele, os juízes e o direito comum podem preencher os vazios que se produzirem<sup>9</sup>.

Retomando a definição de família apresentada pode-se destacar os elementos que farão parte deste estudo, e afirmar que a paternidade ou a filiação que dela decorre, tem a sua gênese no parentesco, consanguíneo ou civil, o qual pode ou não ocorrer com a constância do casamento entre os pais.

Assim sendo, encontra-se na filiação oriunda da procriação a base do presente trabalho.

Historicamente, a relação jurídica paterno-filial decorria de uma verdade biológica, que era decorrente da união de genes masculinos e femininos. Sob essa perspectiva, filho, portanto, era o ser advindo da fecundação dos gametas do pai e da mãe. As ingerências técnicas<sup>10</sup> e as ocorrências sociais, tal como a adoção, é que geravam a dissociação entre os conceitos de pais e filhos, originariamente estabelecidos.

Na procriação natural, estabelece-se a filiação quando há fusão do material genético dos pais, ocorrida mediante a coabitação sexual do casal. De modo contrário, na chamada procriação artificial, não há cópula entre os pais.

Heloísa Helena Barbosa ressalva que:

*Na verdade, artificiais são os meios para se obter a fecundação e não esta em si, como induz a designação criticada. A fecundação, união ou fusão dos elementos ontogenéticos, é sempre natural<sup>11</sup>.*

8 O problema da utilidade do direito, enquanto norma, é tratado por Maria de Jesus Moro **Almaraz** da seguinte forma: “Ante esta situación el Derecho, que se ciñe a comportamientos clásicos, se aleja de los fenómenos precisando de una interpretación amplia o de una modificación para que las leyes no pierdan su utilidad y sentido, recobrando-se así la seguridad jurídica también respecto a sus presupuestos, Y sin embargo, la solución no puede ser tan simplista consería sustituir una regulación por outra más adaptada a nuevos tiempos” (op. Cit. P. 200/201).

9 Carbonier, J. *Actes du Colloque: Jénétique, procréation et droit* (Paris, Acte Sud, 1985, p. 79-84, apud Maria de Jesus Moro **Almaraz**, op. Cit. P. 201.

10 São apontadas atualmente cinco métodos de procriação artificial humana: inseminação artificial; fecundação “in vitro”; transferência intratubária de embriões, conforme Heloísa Helena Barbosa, in *A filiação em face da Inseminação Artificial e da Fertilização “in vitro”*, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1993, p. 35.

11 Idem, ibidem, p. 36.

Quaisquer que sejam os meios de se obter a fecundação, esta gerará filhos, e o vínculo existente entre eles e os pais denomina-se filiação, a qual, vista de modo inverso, chama-se paternidade ou maternidade<sup>12</sup>.

A sua ocorrência estabelece ainda, relação de parentesco consanguíneo de 1º grau na linha reta, entre pais e filhos.

Vale a pena acrescentar, por fim, que a filiação pode decorrer da adoção, a qual, pelo artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, foi equiparada à chamada filiação legítima.

Mencionamos “filiação legítima”, tal como faz parte da doutrina, à despeito das modificações advindas não só da referida Lex Legum, mas também da evolução conceitual patrocinada pelos estudiosos, conforme será estudado com maiores pormenores no capítulo seguinte. Na verdade, entendemos que não há mais a dicotomia entre filho legítimo e ilegítimo, não devendo persistir tal denominação, ainda que para fins didáticos.

## ALGUNS ASPECTOS DA PATERNIDADE

A filiação vem a ser a relação parental estabelecida entre pais e filhos. Quando esta relação parental decorrer da chamada procriação natural, basear-se-á no princípio da verdade biológica, diferentemente, portanto, daquela relação advinda da adoção, fundada sobre dado psicológico e social.<sup>13</sup>

O conceito de filiação que propomos abrange as três modalidades de filiação, normalmente citadas pelos doutrinadores – filiação legítima, filiação ilegítima e filiação por adoção<sup>14</sup>, embora discordemos da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, mantida por parte da doutrina, especialmente para fins da nossa avaliação sobre a filiação decorrente da inseminação artificial com sêmen de terceiros. Washington de Barros Monteiro, por exemplo, a respeito assevera que:

*A constituição de 5 de outubro de 1988, em seu art. 227, § 6º, concedendo a todos os filhos, havidos ou não do casamento, os mesmo direitos e qualificações, proibiu expressamente quaisquer designações discriminatórias no tocante à*

12 Washington de **Barros Monteiro**, op. Cit. P. 78.

13 Conforme José Lamartine **Corrêa de Oliveira** e Francisco **Ferreira Muniz**. Op. Cit. P. 38.

14 A despeito das modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, mantiveram essa divisão Washington de **Barros Monteiro**, Maria Helena **Diniz**, José Lamartine **Corrêa de Oliveira** e Francisco José **Ferreira Muniz**, dentre outros.

*filiação. Vale o preceito, evidentemente, para o direito positivo, como regra geral a ser observada, não porém para doutrina, perante a qual subsiste a velha distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, com todas as suas diretrizes...*<sup>15</sup>

A celeuma causada pela citada inovação constitucional não foi privilégio do Direito Brasileiro. Notícia-nos Alvaro da Cunha Gomes Rodrigues<sup>16</sup>, situação análoga causada pela promulgação da Constituição da República Portuguesa de 1976 que aboliu “regimes e designações discriminatórias em relação aos filhos procedentes de um casal unido pelos laços de casamento e os concebidos das relações extra matrimoniais”<sup>17</sup>.

De qualquer maneira o problema da legitimidade, ou da ilegitimidade, está mais centrado na verificação do estado civil da mãe, ou seja, se ela é ou não casada. Assim sendo, basta que o filho nasça na constância do casamento, para afastar, via de regra, a chamada ilegitimidade<sup>18</sup>.

Contudo, para o nosso trabalho, a presunção é justamente a inversa. O filho nascido da inseminação artificial com sêmen de terceiro, embora na constância do casamento da mãe, será gerado pela fusão dos gametas de outro homem, que não o marido. Entendemos que, para tais hipóteses, não se poderá denominar a filiação obtida de ilegítima. Ela foi desejada, esperada pelo casal, e conseguida mediante atos lícitos, ou pelo menos não vedados pela legislação.

Raynaud, citado por Eduardo Oliveira Leite, discorre sobre a contraposição entre a verdade biológica e a verdade afetiva que legitimaria, por exemplo, a filiação advinda da inseminação artificial com sêmen de terceiro.

Preleciona o autor, até com certa dose de lirismo:

*O direito não fala quase nada dos sentimentos, ele se contenta com a vontade que eles inspiram. É portanto dos sentimentos que indiretamente se questiona. O amor não é um termo Jurídico e, no entanto, o amor é a alma do casamento e é dele que fala com imperícia os textos legais quando se referem, por exemplo, da comunidade de vida ou do dever de fidelidade; eles giram em torno do amor.*

15 Ob. Cit. Pág. 259

16 “Alguns Aspectos da Filiação nos Ordenamentos Jurídicos Português e Brasileiro”. In Direito da Família e do Menor, 3ª Ed., Ed. Del Rey, p. 58.

17 Idem, Ibidem, p. 58.

18 Vide José Lamartine **Corrêa de Oliveira**/Francisco José **Ferreira Muniz**, op. Cit. P. 41.

*Em matéria de filiação ocorre o mesmo, reservando um espaço a vontade, como condição do estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, não pretendem (os Juristas) querer dizer que não há paternidade nem maternidade sem amor?*<sup>19</sup>

Como se observa, passam a ter importância para o Direito dados que até então ocupavam posição secundária na elaboração legislativa, e mesmo na posterior interpretação e aplicação da norma. Tais dados passam a ser considerados e mais, chegam mesmo a suplantar os princípios de verdade biológica que marcam a relação paternidade/filiação.

Para Eduardo Oliveira Leite, por conseguinte, o

*papel da afetividade, da vontade manifestada pelo casal nos obriga a raciocinar a filiação em termos diversos dos até hoje repetidos pelo mundo jurídico. Tais possibilidades nos abrem horizontes mais amplos do que aqueles meramente estabelecidos pelo esquema rígido e, por vezes inumanos, das fórmulas infalíveis de prazos ridículos e verdade, quase sempre calcadas na mais absurda hipocrisia*<sup>20</sup>.

É importante frisar que esta “desbiologização” mencionada não é rara nos compêndios doutrinários, havendo sido citada por Sérgio Gischkow Pereira<sup>21</sup>; Teresa Celina A. A. Wambier<sup>22</sup>; Gustavo Tepedino<sup>23</sup>; Heloísa Helena Barbosa<sup>24</sup>, entre outros.

19 Raynaud, V. P., “Le rôle de la Volonté individuelle dans l'établissement de la filiation. Etude du droit positif français”. In *Droit de la filiation et progrès scientifique*. Sous la direction de C. Laburne-Rio et Gérard Conu. Paris, Economica, 1982, p. 87-99; apud Eduardo Oliveira Leite, *Procriações Artificiais e o Direito*, Ed. RT, SP, 1995, p. 208.

20 Op. Cit. P. 2111.

21 Tendências Modernas do Direito de Família In *Revista do Tribunais*, 268/19.

22 “Um Novo Conceito de Família, Reflexos Doutrinários e Análise da Jurisprudência”. In *Direito de Família e do Menor*, op. Cit. 84.

23 “A Disciplina Jurídica da Filiação”. In *Direitos de Família e do Menor*, op. Cit. P. 235. Este autor refere-se, contudo, a laços “não-biológicos”.

24 Op. Cit. P. 106-107.