

## *A nova realidade familiar e um novo critério de paternidade*

KLEBER COUTO PINTO (\*)

No século que se finda, fatos sociais de grande projeção no universo humano provocaram profundas transformações em seus valores: as grandes guerras mundiais, com seus embates, ódios, campos de concentração, cobaias humanas, nova raça, novos experimentos, progressos científicos, regressos morais, crises econômicas, notícias, mutilações, mortes, o holocausto atômico; o progresso tecnológico, com as indústrias possibilitando a aquisição de aparelhos de rádio e TV pela grande massa; a transmissão via satélite, criando as circunstâncias ideais para a chamada revolução dos meios de comunicação, com a invasão dos nossos lares por culturas diversas globalizando a nossa "aldeia"; o surgimento deste temível e surpreendente poder da mídia, capaz de despertar no homem o desejo de comprar o que não precisa, o desejo de acreditar no irreal; a invenção da pílula anticoncepcional feminina, que quebrou os derradeiros tabus relativos à virgindade e colocou na garganta de cada jovem um grito profundo, sentido, vivido, rebelde: liberdade. O lançamento da mulher ao mercado de trabalho, com a divisão das tarefas domésticas, os Beatles, Woodstock, a invasão à Baía dos Porcos, Kennedy, Luther King, o Homem na Lua, a Revolução de 64, a Guerra do Vietnã, a Copa de 70, a crise do petróleo, a AIDS. A Internet, a decodificação do D.N.A., a inseminação artificial, a clonagem animal (quem sabe a humana), ao lado de inúmeros outros, foram fatos sociais de porte que revolucionaram nossos valores.

Com as constantes revoluções dos valores sociais, as normas que os protegem também sofreram -ou deveriam sofrer- bruscas e radicais transformações. Entretanto, neste cenário, surgem incômodas indagações: será que nosso legislador está atento a essa evolução? Será que tem criado dispositivos legais orientando e evitando os conflitos nas relações jurídicas? Será que o legislador tem cuidado da família de forma competente? Com tantos progressos, como deve ser vista a filiação? Será que o critério biológico é bastante para determinar a paternidade? Poderíamos criar um critério alternativo mais adequável à atualidade? Qual? Esta é a pequena jornada que vamos fazer.

### **1. O Direito e sua natureza social e dinâmica**

Se, por um lado, não mais se discute que o Homem somente vive em

sociedade, hoje não mais se questiona que uma sociedade jamais sobreviverá sem uma organização imposta pelo Estado e garantida através da coerção, vale dizer com o emprego autorizado da força material. Esta normatização chamamos de Direito. Atingimos, deste modo, o conceito preliminar de Direito como um conjunto de normas sociais que, imposto e garantido coercitivamente pelo Estado, de um lado, orienta e condiciona a conduta social do homem evitando os conflitos entre os mesmos; de outro, estabelece parâmetros e formas de solucionar os conflitos que não evitou.

Se abrirmos aleatoriamente o nosso Código Civil <sup>(1)</sup> por exemplo, no art. 338, verificaremos:

“ Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I) - os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).

II) - os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite, ou anulação.”

Inúmeras serão as indagações que surgirão no nosso espírito, tais como: como, quando e por que essa norma jurídica nasceu?

Como nos ensina o imortal jusfilósofo criador da Teoria Pura do Direito, H. KELSEN <sup>(2)</sup>, podemos estudar o Direito dentro de duas teorias diversas, a saber: I) a Teoria Jurídica Estática, onde teremos por objeto “... o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático...”; II) a Teoria Jurídica Dinâmica, onde estudaremos o “... processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento...”.

Trabalhando nessa Teoria Dinâmica kelseniana, tem-se que o movimento formador do Direito se dá pela atividade estatal, formação essa regulada pelas próprias normas jurídicas. É o que chamamos de processo legislativo, hoje cuidado na Seção VIII, subseção I e seguintes, art. 59 e segs. da nossa Carta Maior <sup>(3)</sup>. Ao lado deste processo legislativo, vislumbramos um outro processo de produção do direito de natureza mais sociológica e menos legal, mais social e menos estatal. Podemos, portanto, analisar o processo de nascimento ou formação da norma de direito sob dois prismas ou aspectos diferentes: o primeiro diz respeito ao processo de nascimento comum a todas as normas sociais, ou seja, de cunho essencialmente sociológico; o segundo é relativo ao nascimento da norma jurídica como fenômeno estatal, o processo legislativo.

<sup>(1)</sup> Código Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 345.

<sup>(2)</sup> HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Armenio Amado, Ed. Coimbra, ed. 88, p. 110.

<sup>(3)</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ed. Saraiva, ed. 1992, p. 41.

## 1.1 O Direito como fenômeno sociológico

Raciocinando com os dados históricos que vivenciamos, na década de sessenta para os dias atuais, até há alguns anos atrás, nada se falava sobre ecologia. Não dávamos qualquer importância ao Pantanal Matogrossense. Não nos preocupávamos com as devastadoras queimadas da Floresta Amazônica. Não combatíamos o uso de agrotóxico em nossas plantações. Não procurávamos saber se a poluição sonora dos grandes centros urbanos se constituía na principal causa da surdez precoce e das neuroses urbanas.

Neste mesmo tempo, sequer sabíamos que a nossa protetora camada de ozônio estava sendo cotidiana e drasticamente danificada pelos gases poluentes. Não ouvíamos falar dos Movimentos do "Green Peace".<sup>(4)</sup>

Aos poucos, em razão de diversos *atos sociais*, o Homem foi descobrindo a imprescindibilidade da conservação de suas florestas. Denunciou-se com alarde o rompimento da camada de ozônio, o envenenamento dos alimentos, dos rios, lagos e mares, e dos próprios peixes pelos dejetos industriais. Tais denúncias e movimentos radicais foram gradativamente ganhando espaço na mídia global e despertando no homem a consciência de que é *desejável* que se preservem as florestas, o ar, a pureza dos alimentos etc. Outro fato social de relevo nesse campo foi a inigualável oportunidade do Brasil sediar a Primeira Conferência Mundial do Meio Ambiente, a Rio/92.

Os *atos sociais*, portanto, foram ocorrendo e foram despertando no homem novos *valores sociais*, ou seja, nova identificação da realidade *desejável*. Tais *valores sociais* foram naturalmente se tornando importantes, imprescindíveis para a sobrevivência do corpo social. Quando isto ocorre surge, **ou pelo menos deve surgir**, uma norma de direito para protegê-los. É o chamado fenômeno da juridicização: a norma é criada para orientar e condicionar o corpo social, evitando-se os conflitos ou solucionando-os no momento de sua aplicação.

O principal processo de juridicização, pelo nosso sistema jurídico de origem romana, se dá pela atividade do Estado-legislador. É o processo de produção da norma jurídica estatal. Para apreendermos com a clareza devida este processo, entendemos necessária uma pequena incursão em conceitos da chamada Teoria Geral do Estado. Lá encontraremos o conceito de Estado, seus elementos, suas finalidades e, principalmente, a função de produzir o Direito.

## 2. O Direito e sua natureza estatal e dinâmica

O que é o Estado? Um organismo criado pelo homem? Uma consequência natural de sua sociabilidade? Quais são seus elementos? Quais são suas finalidades? Qual a sua relação com o Direito? Estas são questões que têm incomo-

---

<sup>(4)</sup> Organização ecológica internacional.

dado os espíritos mais lúcidos da “jusfilosofia”, dando margem a profundas discórdias, profícuas polêmicas e grandes revoluções, as quais somente podem ser tocadas superficialmente.

Em primeiro lugar, seria inquestionável a afirmação no sentido de que a finalidade última do Estado é a felicidade geral de seu povo com toda a relatividade que o termo “felicidade” nos traduz.

Em segundo lugar, quanto aos elementos do Estado, registre-se que a doutrina se divide. Alguns autores fornecem, como elementos indispensáveis à caracterização de um Estado, o **povo**, o **território** e, por fim, o seu **governo**. Outros adicionam a estes elementos os adjetivos **povo homogêneo**, **território delimitado** e **governo soberano**. Outros juristas do mesmo porte destacam a **soberania**, considerando-a um elemento à parte na estrutura estatal, e este é o nosso entendimento.

Apresentada a finalidade do Estado e seus elementos, chegamos facilmente ao conceito de Estado como sendo *um povo homogêneo*, fixado em *um território delimitado*, com *um governo independente*, no exercício pleno de sua *soberania*, com a finalidade precípua de garantir a felicidade de seu povo.

Classificada como um quarto elemento ou como qualidade do governo, a **soberania** merece um pouco mais de reflexão.

Essa pequena e grandiosa palavra muito torturou, tortura e torturará o espírito do Homem. Tratados e mais tratados já foram escritos para conceituá-la, situá-la na doutrina do Estado, para justificar o seu exercício e para combatê-lo. Revoluções, mortes, misérias, desgraças, vida, luz, homem, história. A soberania é o poder maior de autodeterminação de um povo em um território delimitado, exercido por um determinado governo. É o poder maior que um homem, ou grupo deles, pode dispor, pode exercer, é o *imperium* dos romanos, a *summa potestas*. É o poder máximo que encontra no povo homogêneo sua origem e razão de exercício. É o elo entre o Direito e o Estado que revela a face de poder de ambos.

Podemos detectar duas áreas de manifestação desse “poder dos poderes”. A soberania de um Estado manifesta-se **externamente** nas relações que possui com os demais Estados existentes na esfera internacional, firmando tratados, exigindo respeito e não admitindo interferência em assuntos internos; **internamente**, nas relações que o Estado mantém com a nação (povo homogêneo) ou, alargando o conceito, com a população em seu território. Tais relações são desenvolvidas através das normas constitucionais, complementares, ordinárias etc. O Estado, no exercício da soberania, submete todos à sua autoridade máxima para elaborar suas leis, para fiscalizar a sua observação pelo corpo social, para aplicá-las e, por fim, mesmo coercitivamente, executá-las.

Fixando-nos exclusivamente nessa chamada *soberania interna*, A. MACHADO PAUPÉRIO, ilustre catedrático da Universidade Federal do Rio de Janeiro <sup>(5)</sup>, dife-

<sup>(5)</sup> A. M. PAUPÉRIO. *O Conceito Polêmico de Soberania*. Ed. Forense, 2ª ed., p. 21.

rencia a soberania dos demais poderes que emanam da autoridade estatal e afirma que a soberania manifesta-se "... por três funções de conteúdo diferente: a legislação, a jurisdição e a administração...".

Realmente, vislumbrada por ARISTÓTELES em sua obra *A Política* <sup>(6)</sup>, revivida por LOCKE <sup>(7)</sup>, e trabalhada e propagada por MONTESQUIEU <sup>(8)</sup>, a Teoria da Tripartição dos Poderes alcançou consagração mundial em todas as ordens jurídicas do mundo ocidental. SAHID MALUF <sup>(9)</sup>, de forma muito didática, fecha o capítulo de sua obra que trata do tema, afirmando com rara felicidade: "... Em verdade, o poder de soberania, intrinsecamente, substancialmente é uno e indivisível. Ele se manifesta através de três órgãos estatais formalmente separados. Dos três órgãos defluem três categorias diversas de manifestação típica do poder soberano. Como observa Kelsen, "há unidade do poder estatal e pluralidade de suas formas de manifestação."

Por outro lado, como nos ensina PAULO DOURADO DE GUSMÃO <sup>(10)</sup>, cada função estatal é exercida por uma estrutura própria, formada por um complexo de órgãos e instituições. Estes órgãos, doutrina HELY LOPES MEIRELLES <sup>(11)</sup>, possuem de um lado, o poder soberano de exercer, em nome do Estado, a respectiva função; em contrapartida, também possuem o dever de assim agir, ou seja, não podem pecar por omissão.

## 2.1. O Direito como fenômeno estatal

Vimos, anteriormente, o processo de nascimento da norma jurídica dentro de uma ótica sociológica, onde os fatos sociais geram valores sociais que geram normas jurídicas para protegê-los, orientando e condicionando a vida do homem em sociedade. Resta-nos ver, portanto, a forma de nascimento da norma jurídica como fenômeno eminentemente estatal. "

Como se sabe, a produção estatal de Direito ocorre no denominado processo legislativo. Este pode ser conceituado como a sucessão de atos e fatos que resultam na elaboração e entrada em vigor da lei. <sup>(12)</sup> O Poder-Dever correspondente à função legislativa é justamente a pesquisa dos valores sociais imprescindíveis à sobrevivência do corpo social e elaboração das normas de conduta que o homem deve seguir na sociedade em que vive. Em outras palavras, cumpre ao legislador orientar e condicionar a conduta social do homem, evitando a existência de conflitos sociais e estabelecendo parâmetros e formas de solução

<sup>(6)</sup> In BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO. *Introdução à Ciência do Direito*. Ed. Konfino, ed. 1973, p. 09.

<sup>(7)</sup> J. LOCKE. *2º Tratado do Governo-Civil*. Ed. Victor Civita, 1ª ed., p. 97 e segs ("Os Pensadores").

<sup>(8)</sup> MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis*. Ed. Victor Civita, 1ª ed., p.156 ("Os Pensadores").

<sup>(9)</sup> SAHID MALUF. *Teoria Geral do Estado*. Ed. Saraiva, ed. 1990, p. 207 e segs.

<sup>(10)</sup> PAULO D. DE GUSMÃO. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Forense, ed. 1973, p. 430.

<sup>(11)</sup> HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, ed. 1993, p. 55.

<sup>(12)</sup> Há excelente monografia de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO sobre o Processo Legislativo – Editora Saraiva – 1995.

dos conflitos que não evitou.

## 2.2. Os equívocos no poder-dever da função legislativa

Como bem nos lembra LA TORRE <sup>(13)</sup>, nem sempre o produto do Poder-Dever legislativo é oriundo do processo natural onde a sociedade dita ao legislador o valor social que deve ser protegido, jurisdicizado. Por um lado, não podemos esquecer as forças que atuam no processo de produção do Direito. Aliás, GEORGES RIPERT, citado por PAULO NADER <sup>(14)</sup>, teria declarado que "... O Direito nasce na luta e pelo triunfo dos mais fortes... O mais forte sai vencedor de um combate cujo prêmio é a lei...". Por outro lado, não raras vezes, o nosso legislador -por total incompetência- faz nascer uma norma completamente "doente" e imprestável para o corpo social. Assim, quando o legislador se atrasa muito em seu Poder-Dever de criar o direito, acaba por criar uma norma cujos valores já não mais existem, ou têm qualquer importância. É o que chamamos de anacronismo. A lei pode nascer, do mesmo modo, com os defeitos congênitos do artificialismo, ou defectismo.

O problema mais nocivo, entretanto, dentro desse Poder-Dever de produzir o direito se dá quando permanece o legislador "dormindo em berço esplêndido", inerte e desatento às mudanças sociais. Como afirma G. DEL VECCHIO <sup>(15)</sup>, "*o Direito não é apenas mutável, mas necessariamente mutável*". Cria-se, assim, um nefasto vácuo legal que trará como conseqüência um grande aumento nos conflitos sociais, justamente por falta de orientação e condicionamento. Do mesmo modo, trará imensas dificuldades ao Estado-aplicador da lei que terá de se socorrer em fontes alternativas do Direito. Esta situação de vácuo legal é, na realidade, uma constante marca, maior no campo do Direito de Família, principalmente no que se refere aos problemas da chamada inseminação artificial. É o que veremos na segunda parte deste pequeno trabalho.

## 3. A família: seus diversos conceitos e sua evolução

O catedrático de Lyon, RÉGIS JOLIVET <sup>(16)</sup> nos ensina que qualquer sociedade possui necessariamente dois elementos: o primeiro, os membros que a compõem; o segundo, o fim comum que os une. De acordo ainda com o filósofo, segundo as suas finalidades, os grupos sociais podem ser divididos em três espécies, a saber: a) sociedade civil; b) sociedade religiosa e c) sociedade doméstica. A família seria, portanto, esta sociedade doméstica que, por sua vez,

<sup>(13)</sup> ANGEL LATORRE. Ob. cit., p. 76.

<sup>(14)</sup> PAULO NADER. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Forense, ed. 1988, p. 63.

<sup>(15)</sup> GIORGIO DEL VECCHIO. *Lições de Filosofia do Direito*. Armenio Amado Editor Sucessor, Coimbra, 1979, 5ª ed.

<sup>(16)</sup> RÉGIS JOLIVET. *Curso de Filosofia*. Editora Agir, ed. 1963, p. 436 e seqs.

pode ser subdividida em: c1) sociedade conjugal (entre o casal) e c2) sociedade paternal (entre pais e filhos). Para a antropóloga LUCY MAIR<sup>(17)</sup> estas duas comporiam a chamada **família nuclear** que se diferencia da **família extensa**, esta composta não só pela primeira como também pelos agregados não sanguíneos.

A família, dentro do nosso campo do direito, é vista como uma instituição jurídica por formar um conjunto complexo de relações normatizadas. Aliás, poderíamos afirmar que a família é uma macro-instituição composta por diversas instituições menores, tais como o casamento, o regime de bens, os alimentos, os deveres conjugais, o “pátrio poder”, a separação, o divórcio, dentre outras.

EDWARD MACNALL BURNS, Mestre da Rutgers University<sup>(18)</sup>, romanciando de forma prazerosa a história universal do homem, afirma que o período neolítico se caracteriza justamente pelo desenvolvimento das instituições. A família é uma das mais antigas instituições humanas e “... sempre significou uma unidade mais ou menos permanente, composta dos pais e de sua prole, e servindo aos fins de proteção dos pequenos, divisão do trabalho, aquisição e transmissão de propriedade, e conservação e transmissão de crenças e costumes...” Por vezes, a família encontra-se caracterizada pela monogamia; por outras, pela poligamia, quer na forma masculina – poliandria – quer na forma feminina – poliginia –. Em determinadas sociedades do nosso universo cultural, a família se mostra repudiando as relações entre parentes adotando a chamada exogamia. Em outros, porém, predomina a endogamia, na qual o incesto é incentivado. Por vezes, a família é caracterizada pelo patriarcalismo; por vezes, pelo poder matriarcal. Enfim, facilmente podemos concluir que a família, como qualquer outro instituto, apresentar-se-á de forma tão diversa quanto a diversidade das convenções sociais, vale dizer, dos valores de cada sociedade em determinado momento histórico.

### 3.1 A filiação e os critérios que a estabelecem

Filiação, em linguagem comum, é a relação resultante entre os filhos e os pais que os geraram. No campo do Direito, entretanto, como se sabe, o termo guarda algumas particularidades<sup>(19)</sup>. Temos, por exemplo, a filiação adotiva, a presumida, ao lado da natural. A primeira é resultante do instituto da adoção, já a segunda é resultante de determinados dispositivos legais em que se presumem naturais os filhos que poderiam ter sido gerados na constância do casamento. A terceira, como o próprio nome diz, é biológica.

No que diz respeito ao critério da adoção, tínhamos anteriormente duas espécies de adoção: a *plena* e a *limitada*. Tal diferenciação retratava o tratamento

<sup>(18)</sup> EDWARD MACNALL BURNS. *História da Civilização Ocidental*. “O Drama da Raça Humana”. Editora Globo, 2ª. edição, 8ª. Impressão, 1968, p. 19 e segs.

<sup>(19)</sup> Como nos ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “no nosso mundo do Direito Civil brasileiro, a família possui, entre seus componentes, três tipos de vínculo, a saber: a) vínculo conjugal (parceiros); b) o vínculo de parentesco (por linha reta e colateral) e c) o vínculo de afinidade (não sanguíneos ou agregados).” WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*. Editora Saraiva, ed. 1972, p. 238.

jurídico dispensado a cada um dos filhos adotados. Hoje, grandes avanços foram feitos. Extinguiu-se toda e qualquer diferenciação. <sup>(20)</sup> O filho adotivo é sempre pleno, chegando mesmo a ter seus registros públicos anteriores alterados. Entretanto, a marca maior de bom senso fica por conta do critério legal desenvolvido para a filiação adotiva: a paternidade responsável. O pai e a mãe adotam porque o desejam e expressam este desejo em declaração de vontade livre e responsável. Uma vez fixada a filiação adotiva, surgem todos os direitos e deveres normais da relação jurídica filial.

No que se refere ao critério de presunção legal, a crença na regular existência de relações sexuais entre os cônjuges e o dever de fidelidade constituem os fundamentos desse critério. Hoje, tal critério é considerado anacrônico, não só pela mudança dos valores sociais, como, também, pela própria existência do exame de D.N.A. Por outro lado, como nos lembra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA <sup>(21)</sup>, trata-se de presunção em que, embora relativa, a prova contrária é limitada.

Por fim, temos o critério biológico ou sangüíneo que, nos quatro cantos do nosso planeta, pode ser por vezes mitigado, supervalorizado, mas jamais desconhecido ou totalmente desprezado. A inexistência do casamento ou de adoção torna o critério biológico exclusivo. Embora dispense qualquer comentário mais conceitual, algumas questões estão surgindo com a evolução tecnológica do homem. Até que ponto o critério biológico pode ser absoluto na determinação da paternidade? A adoção desse critério pode levar a situações juridicamente injustas e, portanto, inaceitáveis? O legislador deveria criar algum tipo de critério alternativo para evitar conflitos ou solucioná-los com mais justiça? Para respondermos tais indagações, deveríamos trazer à baila determinadas situações que vêm ocorrendo e, sem dúvida, serão cotidianas em nosso corpo social neste milênio que se inaugura.

#### 4. Desenvolvimento tecnológico e o novo conceito de família

A tecnologia é capaz de causar não meras alterações nos valores sociais, mas verdadeiras revoluções no campo axiológico da sociedade e suas normas; portanto, no Direito. Neste particular, o Direito de Família tem sentido, de perto, as revoluções perpetradas pelo desenvolvimento científico do Homem, mais precisamente no campo biotecnológico. Hoje, por exemplo, como afirma o Professor Dr. SÉRGIO D. J. PENA <sup>(22)</sup>, “... *Os testes de paternidade pelo exame direto do D.N.A....permitem tanto a exclusão quanto a inclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%....*”. Por outro lado, as modernas técnicas cirúrgicas, corre-

<sup>(20)</sup> Ao lado dos filhos naturais, ou presumidamente naturais, e os filhos adotivos, por força de tratamento jurídico diferenciado, ainda tínhamos filhos ilegítimos, espúrios, bastardos etc. Hoje, até mesmo por força de dispositivo constitucional, há tratamento absolutamente igualitário para todos. Entretanto, apesar dos consideráveis avanços, ainda se têm grandes dificuldades quando tocamos nos problemas relativos à adoção de nacionais por pais estrangeiros, à adoção por pessoas do mesmo sexo, ou sexualmente diferenciadas, tais como travestis etc.

<sup>(21)</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. Ed. Forense, ed. 1976, p. 212.

<sup>(22)</sup> SÉRGIO D. J. PENA. “Determinação de Paternidade Pelo Estudo Direto do D.N.A. Estado da Arte no Brasil”. In *Direitos de Família e do Menor*. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 65 e segs.



tivas ou plásticas, aliadas a tratamentos diversos podem transformar o sexo do ser humano. A aceitação da homossexualidade já leva ao reconhecimento das uniões conjugais do mesmo sexo e aos seus efeitos jurídicos, inclusive com a possibilidade de adoção de crianças. Podemos nos deparar com uma família composta de diversas pessoas do mesmo sexo. Por fim, a popularização da inseminação artificial e os progressos da clonagem demonstram que o nosso legislador “dorme em berço esplendido”, deixando nefastos vácuos legais em nosso sistema jurídico, como veremos, se penetrarmos, com maior profundidade, nesta nova realidade da família.

#### 4.1. A inseminação artificial

Não estariam desatualizados os juristas que afirmassem a radical demolição dos conceitos tradicionais de casamento, paternidade, filiação, parentesco, hereditariedade, enfim, de família, não sobrando “pedra sobre pedra” dessas construções jurídicas ou institucionais. Até mesmo a dita insubstituível função de procriação da família é hoje questionada.

TANIA DA SILVA PEREIRA<sup>(23)</sup>, em excelente monografia sobre os reflexos jurídicos da inseminação artificial, depois de combater a terminologia “artificial”, aduz de forma interessante que o processo artificial de fecundação animal já era conhecido, desde 1322, pelos árabes. Em 1865, foram publicados os estudos sobre os genes. Em 1910, ELIAS IVANOV desenvolveu um sistema que permitiu a conservação do sêmen através do resfriamento; a partir de então, “... O homem deixou de ser um observador passivo, passando a interferir nos próprios comandos da vida. O gene, que não passava de um conceito, tornou-se uma entidade química....” Em recente trabalho publicado na revista *Science*<sup>(24)</sup>, CRAIG VENTER afirma ser possível a criação de uma nova forma de vida através da manipulação genética.

#### 4.2 Espécies de inseminação artificial

A inseminação artificial, como enfoca JOAQUIM JOSÉ DE SOUZA DINIZ<sup>(25)</sup>, pode ocorrer de duas formas: *in vivo* e *in vitro*. Na primeira, também chamada de GIFT, a fecundação se dá no interior do útero feminino com a introdução do esperma e do óvulo, ou somente do primeiro. Na segunda forma, também denominada ZIFT, os materiais reprodutivos masculino e feminino são colhidos e a fecundação se dá fora do corpo humano, produzindo o ovo. Este será, posteriormente, inoculado na mulher para que possa seguir seu caminho de desenvolvimento natural.

---

(23) TANIA DA SILVA PEREIRA. “Reflexos Jurídicos da Inseminação Artificial”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. nº. 28, 1988, p. 103 e segs.

(24) Conforme noticiado pelo jornal *O Globo* de 19/12/99, em reportagem de Ana Lúcia Azevedo.

(25) JOAQUIM JOSÉ DE SOUZA DINIZ. “Filiação Resultante da Fecundação Artificial Humana”. In *Direitos de Família e do Menor*. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ob. cit., p. 43 e segs.

A inseminação, continua em seus ensinamentos o autor, também é classificada segundo os doadores do material genético em **homóloga** e **hetelóloga**: na primeira, todo o processo ocorre somente com o material genético do casal interessado, mesmo havendo aluguel de barriga; na segunda, a operação é feita com material genético de terceiros.

### 4.3 A Inseminação artificial e as legislações existentes

Em inesquecível palestra, o insigne ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e hoje Desembargador, Dr. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES<sup>(26)</sup> após fazer um detalhado *tour* pelo Direito Comparado, brinda-nos com interessantes colocações. Na França, por exemplo, destaca-se uma legislação incentivadora da inseminação. No Direito português, há interessante proibição de se ter questionada a paternidade resultante de inseminação artificial. Já a legislação americana (do norte), de forma atenta à realidade, dá ao embrião (ovo) proteção jurídica como "*pessoa em implantação*", já existindo determinados movimentos no sentido de se desprezar a "*paternidade biológica*" em prol da "*paternidade responsável*".

No que se refere à legislação nacional, registre-se que o culto Desembargador PESTANA DE AGUIAR<sup>(27)</sup>, em sua monografia "*União Estável – O Fato Social e as Novas Tendências do Direito de Família*", adjetivando como notáveis as modificações em nossa legislação e afirmando que estamos nos liberando de um Direito arcaico, faz um interessante retrospecto das alterações no quadro legislativo. Inicia por falar do Capítulo relativo ao Direito de Família no Código Civil de 1916, chegando à Lei nº 8.971/94, que regula os direitos dos companheiros.

Pedimos vênia ao culto mestre e Desembargador para dele discordarmos. Como a nossa sociedade é de cultura reduzida, religiosa e tradicional, o caminhar da legislação brasileira, no campo do Direito de Família, é considerado lento, gradual e insatisfatório. Destaque-se, tão somente, o tratamento igualitário aos filhos que já mencionamos, aos cônjuges e o reconhecimento jurídico da chamada união estável. No mais, nada mais, como diz o ditado popular. Há um grave vácuo legislativo. Em verdade, o legislador ordinário brasileiro não cumpre seu mister, quer bem adequando os princípios constitucionais à legislação ordinária, quer protegendo os valores sociais merecedores da segurança jurídica. Neste conturbado, polêmico e mutável campo jurídico do Direito de Família, o último diploma legal de porte entrou em vigor em 1977: a Lei do Divórcio. Portanto, há aproximadamente 22 (vinte e dois), repetimos, 22 (vinte e dois) anos não temos uma legislação que cuide de forma mais aprofundada do instituto da família.

<sup>(26)</sup> LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES. "Questões Jurídicas Em Torno Da Inseminação Artificial". Intervenção em painel sobre o tema, promovido pela AMPERJ - Associação do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro (1.7.1991), *Revista dos Tribunais* (RT) 678, Abril de 1992, p. 268 e segs.

<sup>(27)</sup> PESTANA DE AGUIAR. *União Estável*. Editora Espaço Jurídico, Ed.1995, p. 07.

O instituto do casamento continua com as mesmas normas existentes há longos anos, como ocorre com suas formalidades, seus impedimentos, sua celebração, provas, vícios, efeitos e deveres conjugais. Os regimes patrimoniais não fogem à regra desta inaceitável estática, como se o nosso legislador fechasse os olhos para a realidade social do limiar do século XXI (vinte e um). Há um verdadeiro engessamento do contexto jurídico, trazendo incalculáveis prejuízos à sociedade que dele depende. Na realidade, a natural dinâmica jurídica espelhada na fórmula  $Fs > Vs > Nj$  não está funcionando a contento, acarretando falhas na missão essencial do direito em prevenir conflitos sociais, de um lado, e solucionar os conflitos existentes, de outro.

O legislador brasileiro, além de não estar cumprindo seu **poder-dever** de pesquisar os valores sociais imprescindíveis para o corpo social e transformá-los em lei, tem dado frequentes mostras de despreparo e incompetência fazendo nascer leis totalmente defectivas, como a que estabelece a investigação compulsória da paternidade, a Lei nº 8.560/92.<sup>(28)</sup>

A inseminação artificial humana, embora amplamente empregada nos dias de hoje, ainda não mereceu qualquer cuidado do legislador brasileiro. É justamente neste campo que grandes revoluções conceituais foram introduzidas. Como veremos, hoje, por exemplo, não há como se sustentar o critério jurídico da paternidade meramente biológica resultante do nosso sistema. O *Diário Oficial da União* do dia 06 de janeiro de 1995 fez publicar a Lei 8.974/95. Este diploma legal, dentre outras providências, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação de organismos no meio ambiente. Entretanto, perdeu o legislador pátrio mais uma oportunidade de, após abrir o debate social sobre a engenharia genética, elaborar um estatuto profundo e completo sobre esta atividade. Limitou-se, lamentavelmente, a prever a criação de uma comissão de biossegurança, por um lado; por outro, aos experimentos laboratoriais, nos quais se modifica a estrutura molecular de organismos vivos, deixando sem quaisquer regras a inseminação artificial humana que não traga alteração cromossômica, quer *in vivo*, quer *in vitro*. Embora a comissão já tenha sido criada por outro diploma legal, as pesquisas com alimentos e outros experimentos estão sem qualquer previsão legal.

#### 4.4 A inseminação artificial e os conflitos sociais

Sabemos que o homem vive de suas relações interpessoais na sociedade, e essa jamais pode sobreviver se não possuir uma normatização garantida coercitivamente pelo poder maior do Estado. Sabemos, também, que a esta

---

<sup>(28)</sup> A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, é um bom exemplo de defectismo legal. Importou-se um diploma legal de Portugal sem a preocupação de adaptação à realidade brasileira. A iniciar pela compulsoriedade da investigação de paternidade, o que nos afigura absurda, a prosseguir por transformar o Juiz em órgão de investigação, a terminar por impor a fixação de alimentos. A técnica legislativa é um perfeito exemplo de como não se deve legislar.

normatização denominamos Direito e que este objetiva traçar o comportamento desejável do homem em sociedade, evitando os conflitos sociais em suas relações, ou mesmo solucionando, com sua regular aplicação, os conflitos que não conseguiu evitar. Tem-se, da mesma forma, que a família é um grupo social, ou comunidade, onde as relações interpessoais são profundas e estreitas. Por este simples início, já se pode concluir pela complexidade dos problemas que surgem nesta instituição e pela imprescindibilidade de tratamento jurídico à mesma. A título de ilustração, apresentaremos algumas situações que já se configuram e que serão, certamente, corriqueiras em breve.

#### 4.4.a O furto de sêmen e sua utilização

João, empresário de grandes recursos financeiros, por motivos altruístas, é instado a colaborar com um banco de sêmen de um médico amigo. Colhido e guardado o material genético, Ângela, enfermeira-chefe da clínica de inseminação, ciente do potencial financeiro do doador, furta o aludido material inoculando em terceira pessoa. Da inoculação vem a gravidez e o nascimento de uma criança. Na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, resta comprovada a paternidade biológica por exame de D.N.A. Indaga-se: poderia esta paternidade gerar direitos e obrigações em relação a João? Seria este considerado necessariamente pai com direitos do "pátrio poder" e as obrigações correlatas? E a criança teria seus direitos hereditários garantidos na condição de herdeiro necessário? Em face da inexistência de previsão legal, e tendo em vista que o critério legal utilizado é o critério biológico, não temos dúvida em responder afirmativamente. Contudo, surgem novas questões: seria justo que tais respostas fossem positivas? Seria criminosa a conduta de Ângela? Seria, da mesma forma, justo que Ângela não sofresse qualquer punição?

#### 4.4.b A negatória de paternidade após a inseminação autorizada

Pedro une-se à Maria, descobrindo, após, a sua impotência para gerar. No terceiro ano de união, decidem realizar uma inseminação artificial *in vitro* heteróloga recorrendo a um banco de sêmen. No quarto mês de gravidez, Pedro descobre que Maria possui outro relacionamento e deixa a residência do casal recusando-se a prestar qualquer ajuda financeira. Após o nascimento da criança, Pedro, prevendo eventual demanda, propõe a ação negatória de paternidade. Realizado exame de D.N.A. é confirmada a alegação articulada na inicial. Pela solução apontada pelo Direito Positivo atual do Brasil que se liga ao critério biológico, não restaria qualquer ligação jurídica entre Pedro e a criança que decidiu gerar. Mas indagamos: seria justa esta solução? Está o Direito Positivo Brasileiro acompanhando a realidade valorativa da nossa sociedade? O legislador já não devia ter previsto tal hipótese para não deixar que este conflito surgisse, ou mesmo, aplicando uma norma, solucioná-lo?

#### 4.4.c A doação de sêmen e os direitos dela resultantes

Carlos, enfermeiro de determinada clínica de inseminação artificial, doa seu espermatozoide e permanece vigilante quanto a sua utilização. Ciente de que o mesmo foi utilizado por um casal de grandes posses, procura se aproximar do mesmo. Nascida a criança, no momento que entende exato, entra com uma ação de investigação de paternidade em relação ao rico herdeiro. Confirmada a paternidade biológica, resta saber qual a relação, os direitos e deveres que vinculam Carlos e a criança.

#### 4.4.d A "barriga de aluguel" e outros horizontes

Ao lado dos conflitos de interesses que mencionamos acima, incontáveis outros poderíamos citar. O mais básico e comum deles se estabelece no chamado contrato de "barriga de aluguel". Márcia, casada com Pedro, se torna impedida de gerar, em face de problemas de útero, apesar de ovular regularmente. Decidem pela inseminação homóloga, "alugando" uma barriga que pudesse dar continuidade à vida do embrião. Contratam com Suzana, prometendo-lhe elevadas quantias durante o período de gestação e após o parto. Realizado, Suzana se nega a entregar a criança. Indaga-se: quem na realidade é a mãe para deter o "pátrio poder"? E se a mãe de aluguel for regularmente casada e seu marido, objetivando maiores ganhos financeiros, sustentar juridicamente a paternidade em face do que consta no art. 338 do Código Civil? E se a mãe recebe a quantia e a criança nasce morta? E se a criança nasce com grave defeito congênito, pode ser recusada? Por quem? E se o filho, por um erro de manipulação, nasce com uma raça completamente diferente daquela dos pais, como de fato ocorreu e foi amplamente noticiado pela imprensa internacional? E se o médico – como também de fato ocorreu e foi amplamente noticiado – passa a inocular em todas as suas pacientes espermatozoides próprios deve ser considerado pai? E o embrião que – após a fecundação artificial *in vitro* – é conservado em laboratório em que se constituiria? Em alguém ou alguma coisa que poderia ser destruída ou utilizada para outros fins? Poderia ser considerado um nascituro, como se estivesse no útero materno? Possui expectativa de direitos? E se vem a nascer 02 anos após a morte do pai, pode participar do acervo hereditário na condição de herdeiro necessário por descendência? A inutilização dos demais embriões humanos poderia ser considerada um homicídio em série, ou uma espécie – a ser tipificada – de aborto? Poderíamos caracterizar lesão corporal culposa se o médico inseminador foi negligente no trato com o embrião, resultando no nascimento de uma pessoa com sérios problemas congênitos? Estas e outras incontáveis possibilidades desafiam as legislações atuais, pois que, sem dúvida, muitos conflitos surgiram, estão surgindo e surgirão neste intenso campo de interrelação do homem.

## 5.0 A solução proposta

Pela simples leitura dos problemas que surgiram, estão surgindo e surgirão no campo da inseminação artificial humana não, temos dúvida em concluir que a exclusividade do critério biológico demonstra uma inaceitável orientação legislativa ou, mais propriamente, um vácuo legal. Em tal situação o aplicador da lei torna-se um instrumento de injustiça ou terá ele de romper com o sistema legal e buscar no direito alternativo soluções mais justas.

Essa situação problemática poderia ser evitada – ou, pelo menos, atenuada – se criássemos um critério legal alternativo. Assim, quando o aplicador da lei se deparasse com uma situação onde o critério biológico se revelasse injusto, ele poderia buscar no critério alternativo da **paternidade responsável** a solução mais justa e amadurecida para o conflito apresentado. Suas indagações – fundamentos de sua decisão – seriam: qual a responsabilidade de cada um na concepção e nascimento da criança? Quem desejou ou assumiu o risco da concepção? Qual o desejo espelhado no contrato da locação de barriga? Este contrato deve prevalecer como lei entre as partes?

No caso, por exemplo, do furto de sêmen, o doador não poderia ser responsabilizado pela concepção e nascimento da criança. Não sendo caracterizado qualquer vínculo jurídico de parentes, não seriam gerados direitos e deveres em relação a ambos.

No caso da negatória de paternidade, ou mesmo doação de material genético, uma vez claro o desejo pela concepção e nascimento do filho com o recurso na inseminação artificial, fixada estaria a paternidade independente do critério biológico. Qualquer que seja a concepção resultante de inseminação artificial, a maternidade e a paternidade estariam fixadas por declaração formal de vontade.

No caso, por exemplo, da “barriga de aluguel”, os pais seriam os “locatários” – aqueles que contrataram os serviços gestacionais – independentemente de qualquer erro na inseminação relativo à raça ou mesmo à perfeição física da criança ao nascer.

## 6. Conclusões

Para bem desenvolvermos nossa linha de raciocínio conclusivo, devemos retroceder aos capítulos anteriores e extrair dos mesmos algumas afirmativas que possam resumir nosso entendimento, conforme expomos a seguir.

I) O Homem é um animal naturalmente social e, para que a sociedade humana exista, é imprescindível haver uma normatização do corpo social, que chamamos de Direito.

II) O Direito pode ser analisado através da Teoria Estática e da Teoria Dinâmica. Dentro da visão dinâmica do Direito, temos duas formas de analisar o seu processo de produção, ou formação, como preferem alguns juristas. A primeira se prende a um processo essencialmente sociológico, ou seja, a formação do Direito como fenômeno social. Nesta, os fatos sociais geram valores sociais, que geram normas jurídicas para protegê-los através do denominado fenômeno da juridicização. A segunda se atém ao processo estatal-legislativo de produção do Direito.

III) A família pode ser considerada uma macro-instituição, agrupando outras instituições menores, como o casamento, ou parentesco, os alimentos, a separação, o divórcio *etc.*

IV) A família, como qualquer outra instituição, tem sofrido inúmeras revoluções conceituais e valorativas. O progresso biotecnológico tem revolucionado os conceitos jurídicos formados em torno da personalidade, da capacidade, da paternidade, da maternidade, do parentesco e outros institutos do Direito de Família.

V) O legislador nacional tem se descuidado de seu poder-dever de elaborar as normas jurídicas no campo do Direito de Família, muito especialmente quanto à inseminação artificial, havendo, portanto, um grande e prejudicial vácuo legal em relação aos novos conceitos jurídicos de família, paternidade, parentesco *etc.*

VI) Em face do desenvolvimento tecnológico e da nova realidade valorativa há urgente necessidade de se criar um critério alternativo de fixação do vínculo de filiação, atendendo-se ao aspecto da responsabilidade pela decisão da concepção e nascimento.

---

**Observação:** A omissão da nota de rodapé nº 17, na página 197, decorre do original remetido para publicação, embora solicitada a correção ao autor.

---

(\*) KLEBER COUTO PINTO é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

---