

Inseminação artificial

J. DIDIER FILHO

Magistrado. Professor da Faculdade de
Direito Cândido Mendes

SUMARIO

1. Preâmbulo. 2. Inseminação artificial. 3. Antecedentes. 4. Fecundação artificial em seres humanos. 5. Inseminação artificial e as incidências biológicas, religiosas, psicológicas, sociais, morais e jurídicas. 6. A técnica da inseminação. 7. Procriação. 8. Religião. 9. Moral leiga. 10. O Direito. 11. **Pro mihi**. 12. **Primo non nocere**. 13. A solução.

1. Preâmbulo

As futuras gerações exortava o poeta, lembrando os gênios da humanidade: “deixai-os passar, não cabem no passado!”

E nós os seguimos, tanto na grandeza das diretrizes de famosas obras, como nos aforismos de conteúdo profundo, lampejando sins e não.

Adverte, por exemplo, o sábio Quílon (um dos sete da Grécia):

“O ouro prova-se pelo fogo; a mulher, pelo ouro; e o homem, pela mulher.”

Provar é tocar para conhecer o grau de pureza. Coisas ou práticas novas luzem como ouro. Tocadas pelo fogo das idéias, podem levar-nos às culminâncias ou arremessar-nos à perplexidade de Racine: “Comment en un plomb vil l’or pur s’est-il changé?”

Nessa linha de compreensão, importa caldear o tema: “inseminação artificial”, por ele tocando-se a mulher e, pela mulher, o homem.

2. Inseminação artificial

Inseminação (do lat. *in*, em, e *seminare*, semear).

Remotamente, prática supersticiosa de impregnação da terra com matérias mórbidas. Lançada aí uma semente, regava-se depois a planta com água da lavadura da parte doente, acreditando-se, então, que a planta se tornava apta à cura da doença (*Grand Dict. Univ. du XIXe Siècle* — Pierre Larousse).

Hoje, inseminação é processo de fecundação artificial.

Inseminação artificial a rigor não corresponde a fecundação artificial. Fecundação é sempre natural, e os que a denominam artificial, querem significar que não resultou de conjunção carnal, porém foi produto de uma inseminação artificial. Por isso mesmo, Flamínio Fávero dá razão ao Dr. Vicente Fernando, quando este prefere a fórmula “fecundação por meio de inseminação artificial” à expressão “inseminação artificial”, da rubrica lateral do artigo 267 do promulgado mas não vigente Código Penal de 1969 (com a redação da Lei nº 6.019/73).

Trata-se da introdução do sêmen nos órgãos genitais femininos por meio diverso do contato sexual (“deposição do sêmen na vagina, canal cervical ou útero da mulher, mediante instrumentos”).

Em essência: geração à distância.

3. Antecedentes

A inseminação não natural era conhecida desde tempos recuados. Começou pelo reino vegetal (nas palmeiras reprodutoras de tâmaras) evoluindo para a piscicultura. Em 1780, o Prof. Spallazani (Itália) re-

tirou espermatozoides de um cão e os injetou na vagina de uma cadela. Esta, 62 dias mais tarde, produziu três cães normais.

A inseminação artificial contribui para o aperfeiçoamento da produção lanífera e dos laticínios. Generalizou-se o seu uso na pecuária. Ao longo das experiências, transplantou-se o embrião do útero de uma vaca de boa raça para o útero de uma vaca menos qualificada. O animal de boa raça voltava, sem demora, à condição de ser novamente fecundado. O gado seletivo aumentava de modo extraordinário. Hoje, com o auxílio dos centros de sêmen, os produtores utilizam a inseminação artificial em número e qualidade para atender ao abastecimento. Todos os países adotam o sistema para aumentar, selecionar e padronizar os rebanhos. Os centros asseguram 80% de fertilidade.

4. Fecundação artificial em seres humanos

Das criaturas irracionais passou-se às criaturas racionais.

Em 1799 ocorreu a primeira intervenção cirúrgica dessa espécie, levada a efeito no órgão externo de uma dama, cujo esposo, atingido de hipospádia (deformidade da uretra) desejava, a todo custo, perpetuar a linhagem.

No começo deste século, a fecundação artificial propagou-se pelo mundo, principalmente nos países anglo-saxões.

Durante a guerra da Coréia, soldados que ali combatiam fecundavam suas esposas por meio de esperma remetido por avião.

Mas o objetivo ordinário é contornar as condições subfêrteis do casal, ou a infertilidade total ou parcial de um dos cônjuges.

Parte-se até para as mães artificiais. A esposa estéril deseja um bebê artificial. O marido, considerando imoral as relações sexuais fora do casamento, paga a uma jovem para que gere filho para o casal, submetendo-se à inseminação do esperma do pai.

Cogita-se, ainda, da possibilidade da mãe dupla: ter a mulher filhos sem gravidez, gerando no ventre de outra um ovo nela fecundado.

Sucedem-se as experiências de fecundação artificial em tubos de ensaio (retiram-se óvulos e espermatozoides de organismos humanos, e procura-se, em proveta, criar condições favoráveis à fecundação dos óvulos pelos espermatozoides). Nos casos de fecundação, morrem, às vezes os embriões espontaneamente, sendo, outras vezes, adrede aniquilados ao cabo de algumas semanas de desenvolvimento (bebês de proveta).

Entretanto, a nova vida cuja origem artificial os cientistas vêm procurando obter, sem dúvida, possui valor transcendente: não é simples produto de corpos químicos a reagir entre si. Ao revés, constitui um ser humano que, em princípio, goza dos direitos da pessoa: o direito à vida, tanto assim que a destruição, no útero materno, do embrião ou do feto, configura crime de aborto.

Em tema de direito à vida, Garcia Pinto focaliza análogas matanças e, a certa altura, relembra Saligru, para quem, nas circunstâncias, a moral científica é a moral das hienas (apud Hungria, **Com. ao C. Penal**, ed. 1942, vol. V, pág. 116, nota 98).

5. Inseminação artificial e as incidências biológicas, religiosas, psicológicas, sociais, morais e jurídicas

A inseminação artificial tem por objeto o ser humano. Assim, não pode ficar circunscrita ao ponto de vista biológico, abstraindo a moral, o direito, a religião, a psicologia.

Está visto que a Ciência procura explicar o homem como peça da natureza, quer submetendo-o à técnica, como matéria, quer tratando a consciência como puro objeto (Lavigne, *L'inquiétude humaine*) "A Ciência é bifronte, de face feita para o bem e para o mal. A educação moral é que humaniza" (Oscar Tenório). E acentua Jolivet: "A ciência positivista, ao reduzir a moralidade aos costumes, isto é, o direito ao fato, a causa à origem e a essência às contingências empiristas, dissolve a moral."

Aliás, "vêm os séculos ensinando que os alicerces da sociedade são os princípios morais e espirituais. Sem eles virá a ruína, mesmo que o povo goze de saúde invejável e vida na abundância".

Por isso mesmo, a Ética é substância do Direito. Nenhuma lei ou instituição é possível ou duradoura se se opõe às regras da moral (**quid leges sine moribus?**).

6. A técnica da inseminação

Cumprido frisar, desde logo, que o art. 53 do **Código de Ética Médica** dispõe: "A inseminação artificial heteróloga (com sêmen de doador estranho) não é permitida; a homóloga (com sêmen do próprio marido) poderá ser praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges."

Não se proscreeve, necessariamente, o emprego de certos meios artificiais destinados, apenas, a facilitar o ato natural, ou a fazer o ato

natural, normalmente cumprido, atingir sua finalidade (Pio XII, Congresso Internacional de Médicos Católicos, 1949).

Lamentavelmente, o promulgado e ainda não vigente Código Penal de 1969, antecipando-se à legislação civil, permitirá (art. 267) a fecundação artificial heteróloga, desde que o marido a consinta ("permitir a mulher casada a própria fecundação por meio artificial com o sêmen de outro homem, sem que o consinta o marido: Pena: detenção, até dois anos"). A **contrario sensu** introduz essa prática na legislação brasileira. Flaminio Fávero dissecou o assunto em conferência publicada na revista **Problemas brasileiros**, de abril de 1974.

O processo de inseminação reponta ilícito porque a obtenção do esperma pela masturbação contraria a ética natural, a ética médica, a ética religiosa. Atenta, ainda, contra a ordem natural a colheita do sêmen na própria efetivação do congresso carnal, pelo uso de envoltórios de borracha ou "condom", ou camisas-de-vênus, para posterior injeção uterina, visando a maior segurança na fecundação. Igualmente, a múltipla indignidade da realização do ato sexual pelo homem com mulher estranha e, a seguir, a coleta de sêmen na vagina desta para a prática da fecundação artificial na própria esposa.

Marcha-se, afinal, para a obtenção do sêmen de homem estranho, sem conjunção carnal, para fecundar a mulher com o consentimento do marido. E, daí, para os bancos de esperma, cuja equiparação aos bancos de sangue constitui evidente escárnio.

A captação do material espermático sem o ato sexual configura também ilicitude, a exemplo da colheita do sêmen nas vesículas seminais, ainda que do próprio esposo. De igual tope, o uso do sêmen, por assim dizer anônimo, guardado nos bancos de esperma, quando mesmo se cogite de estabelecer diretrizes referentes ao sigilo, à escolha do doador e ao consentimento marital (como se fora a alienação de um bem do casal).

Deve o doador ignorar a identidade do casal, e o casal, a do doador (sendo o doador homem casado, ainda há a ofensa à ordem matrimonial, e, solteiro, não se sabe qual a obrigação que assumiria, podendo, ao contrair novo matrimônio, sofrer a alegação, por parte da mulher, de ter incorrido em erro essencial quanto à sua pessoa).

"Tout s'arrange, mais mal" (A. Capus).

Surgem problemas psicológicos: o marido, tendo consentido na inseminação, vem a arrepender-se após a fecundação (há casos em que os maridos suplicam ao médico a interrupção da gravidez tão custosamente obtida). A seu turno, a mulher inclina-se afetivamente para o doador, projetando sobre o marido sua indiferença. A ânsia de conhecer o "pai biológico" da criança, cujo nome foi conservado em segredo, já deu causa ao furto de fichas nos arquivos do laboratório de um especia-

lista de inseminação, o Dr. E. Georgett, de Los Angeles. As fichas desse médico traziam os nomes de mais de quinhentas atrizes e vedetes de cinema. Apurou-se que fora uma das próprias clientes a instigadora do furto, impelida pela curiosidade de saber o nome do "doador", de quem ela concebera o filho ("combien d'enfants ont reçu de leur mères des baisers qui n'étaient pas pour eux!").

7. Procriação

No sêmen, a vida não pertence ao indivíduo só, mas à espécie humana. Por isso, "a fecundação no homem é função não apenas da matéria, mas de um mundo interior, espiritual. A fusão do esperma e do óvulo traduz, normalmente, a última expressão do amor que une duas personalidades. A fecundação exprime a consumação normal do ato consciente e recíproco de dois seres humanos, que se unem para serem esposo e esposa, e, conseqüentemente, pai e mãe" (P. Estêvão Bettencourt, OSB). Como corolário, a procriação de modo algum se nivela a um processo de laboratório, nem deriva dos chamados "homens em conserva", mas há de ser "fruto de uma relação pessoal entre os cônjuges, que têm direito recíproco sobre o seu corpo, a fim de fazer surgir uma vida nova: direito exclusivo, inacessível, inalienável", isto em consideração também ao filho, o qual, se é fruto do sêmen de terceiro (admitindo-se o consentimento do marido), fica à margem de qualquer laço moral e jurídico de procriação conjugal (Pio XII).

8. Religião

No que respeita à Religião, a Igreja Católica tem repellido firmemente, por imoral, a fecundação artificial fora do casamento, e, no casamento, mas produzida por elementos ativos de terceiro.

A fecundação artificial ultrapassa os limites do direito que os esposos adquirem pelo contrato matrimonial, isto é, o de exercerem plenamente sua capacidade sexual natural, no cumprimento natural do ato matrimonial. Assim, a fecundação artificial viola a lei natural e é contrária ao Direito e à Moral.

Os protestantes são unânimes em condenar a inseminação extraconjugal. E seus teólogos concluem: "um processo que quebra tão patentemente a comunhão total e exclusiva entre esposos não pode ser apreciado de outro modo que não pela noção do adultério".

Os israelitas (cuja moral religiosa baseia-se no desejo de descendência) impugnam formalmente a utilização do esperma de uma ter-

ceira pessoa, visando a fecundação da mulher. Equiparam tal operação ao adultério, pois a heteroinseminação ataca as bases da própria família.

9. Moral leiga

Serpa Lopes traz à colação o pronunciamento da Academia de Ciências Morais e Políticas da França sobre a inseminação artificial, como um dos episódios importantes da crise que temos o triste privilégio de viver: entre o avanço da técnica e a natureza imutavelmente biológica do homem, considerando, afinal, que a heteroinseminação utilizada para suprir a esterilidade do homem suscita no casal, do ponto de vista moral, jurídico e social, objeções tais que se torna nitidamente desaconselhada.

10. O Direito

Em nosso País, o anteprojeto do Código Civil não prevê a inseminação artificial, nem regulamenta os respectivos efeitos. Tramita, apenas, um projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Na área penal surgiu o esporádico dispositivo já aludido, encartado no Código Penal de 1969, ainda não vigente.

Decerto a posição do Direito Positivo diante da inseminação artificial não seria a de renegar a meta de garantir o que *deve-ser*, coonestando, direta ou indiretamente, como dúctil caudatário dos frenéticos pruridos das coisas novas, nas turbulências dos tempos — prática tão aberrante das leis naturais. Mas há de cogitar das conseqüências desse movimento antinatural, ou seja, a posição do filho assim nascido em relação ao direito, a um estado civil.

Ponderada, a respeito, é a posição do Direito Positivo em quase todas as nações, reafirmando, dessarte, o primado do conteúdo normativo, ético e jurídico, no instante em que tantos se deslumbram com o progresso vertiginoso das ciências naturalísticas e da técnica, a ponto de relegar os autênticos valores realmente dignos da proteção jurídica.

Veríssima, a increpação da Professora Armida Miotto: “É de admirar que, assim sendo, o Direito Penal interno esteja desacreditado, a ponto de haver quem entenda e proclame que a meta dele não é garantir o que *deve-ser*, mas limitar-se a coonestar o que é, e dar legitimidade às expansões anômicas!” (“Da certeza do Direito à anomia”, *Rev. de Informação Legislativa*, outubro-dez. de 1973, pag. 93).

Como exemplo de norma positiva sobre o tema, o art. 1.799 do Cód. Civil português dispõe que a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho por meio dela, no caso em que o sêmen seja de outro homem, que não o marido. Aquele que fornece o sêmen não pode invocar esse fato para alegar que é pai da criança.

Na ausência de legislação específica, a doutrina e os precedentes judiciais vêm solucionando, em todos os países, situações emergentes, à luz dos princípios gerais do Direito.

Segundo resolução do IX Congresso de Direito Penal realizado em Haia, "a lei penal não deve punir a prática da inseminação artificial, exceto no caso em que a inseminação se realize sem o consentimento da mulher e do marido".

No Direito pátrio será reformulada, provavelmente, a regra do *pater is est*, como presunção *juris et de jure*, para acomodá-la ao princípio canônico que a considera *juris tantum*. Muito embora a inseminação artificial não passe de um fato antijurídico, importa resguardar a situação da criança assim nascida (Serpa Lopes).

11. Pro mihi (a mim primeiro)

De Terêncio nos veio esta sentença: *Verum illud verbum est: omnes sibi malle melius esse quam alteri* (é ditado bem verdadeiro que amamos mais a nós mesmos que ao próximo). E Eurípides, traduzido por Dupré: "L'amour de soi passe chez tout le monde avant l'amour du prochain."

Alega-se que a inseminação artificial é um direito do ser humano. Não se pode recusá-la à mulher casada e à solteira que desejam chegar à maternidade. A casada, esposa sem filhos, sentindo o lar deserto por defeito do marido. A solteira, frustrada na vida por lhe faltar a alegria de um sorriso de criança, percebendo o assoalhado e especioso "direito à maternidade sem pecado", por meio da inseminação artificial.

Então, "proximus sum egomet mihi" (o meu próximo para mim sou eu mesma).

Para chegar à maternidade socorrendo-se daquela prática, deverá a mulher casada ultrapassar os limites dos direitos que o casal adquiriu pelo matrimônio; violar a obrigação pessoal da cooperação criadora de duas personalidades humanas, por meio dos atos naturais capazes de engendrar uma nova vida; contrariar a lei do amor, a da procriação e o princípio da monogamia; suscitar crises de ordem psicológica ao marido e a si mesma; receber, no interior dos órgãos genitais,

o sêmen de outro homem — sêmen comumente oriundo de ato contra a natureza; desencadear problemas graves da **turbatio sanguinis** e situações pungentes ligadas ao consentimento do marido (consentimento adverso à ordem pública, dada a irrenunciabilidade dos direitos do marido sobre o corpo da mulher); ensejar futuras relações incestuosas; assumir contingências de hereditariedade, e outras de natureza civil; integrar, fraudulentamente, na família, uma criança que receberá o nome do pai legal e que se acreditará filho, tudo importando em atentado contra a criança, o matrimônio, a família, a sociedade, enfim uma trama de iniquidades e ignomínias.

A mulher solteira, pela inseminação artificial, lançará no mundo, pelo mesmo processo antinatural, um **semi-órfão**, sendo que o doador vai procriar um filho que jamais o conhecerá e do qual estará isento de qualquer responsabilidade.

Ora, a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro. Impor ao nascituro uma procriação antinatural, a integração fraudulenta numa família, de modo algum pode constituir direito da mulher, nem liberdade individual de escolha. “A liberdade” — ensina Pontes de Miranda — “é conceito social, portanto, relativo. As liberdades individuais não existem por si e para si; não são incompressíveis, ilimitáveis em seus enunciados apriorísticos”.

O Direito não consagra o egoísmo atentatório das bases da família e da sociedade. O egoísmo deseja, não ama: por isso mesmo, seca os sentimentos humanos, como no caso da inseminação artificial.

A Declaração dos Direitos da Criança (Nações Unidas), no seu Princípio 2, realça o gozo de uma proteção especial (condições de liberdade e dignidade) e recomenda que, ao promulgar leis com tal fim, dever-se-á considerar fundamentalmente o interesse superior da criança. E o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem enfatiza que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Decerto não há dignidade alguma na procriação contrária à natureza.

“As melhores condições se realizam quando o filho é desejado não tanto como filho, mas como consagração do amor mútuo, quer dizer, quando a mulher deseja um filho “de seu marido” (e o marido, de sua mulher)”, segundo preconiza Courtois (*A arte de educar as crianças de hoje*, Agir Editora, pág. 29, 1958).

Ocorre, porém, a persistência da tentativa, sofisticada e virulenta, de contorno ou devastação do caminho da dignidade e da submissão da moral e do direito aos vícios do nosso tempo, recorrendo-se, aqui, ao sentimentalismo, que é a degenerescência do sentimento não controlado e fecundado pela razão.

12. *Primo non nocere* (o primeiro é não prejudicar)

Essa expressão se enlaça com o irrefutável aforismo jurídico: *facere non debet quis alteri, quod sibi fieri nolit* (não façam a outrem o que não querias que te fizessem).

Condensadas acima, as incompatibilidades da inseminação artificial com as leis morais e naturais, a ordem jurídica, a religião, e salientadas suas deploráveis conseqüências, tudo infunde a conclusão de que, em face da sentença de Quílon, a prática da inseminação artificial, tocada pelo fogo das idéias, retém, no fundo do cadinho, o multissecular ensinamento: *non est hoc aurum totum, quod lucet, ut aurum* (nem tudo que reluz é ouro).

Por esse ouro falacioso prova-se a mulher, e, pela mulher, o homem.

13. A solução

Cumpra relembrar, então, a advertência de Locke: “Não basta indicar o erro, é preciso fornecer a verdade.” Aqui, a verdade se configura na solução que o Direito enseja para elidir a idéia da inseminação artificial.

Pelo moderno instituto da adoção (adoção plena e legitimação adotiva) o Direito pátrio “dá filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolvendo sentimentos afetivos do mais puro quilate, aumentando, na sociedade, o capital de afeto e de bondade necessário ao aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem-estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos; aproveitando e dirigindo capacidades que, de outro modo, correriam risco de se perderem, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social a que pertencem” (Clóvis).

A adoção deve ser motivada para o bem da criança. Quando possível, um prévio estudo médico-psicossociológico dos pais naturais, do adotante e do adotado. A mãe adotiva deve tomar consciência total de que se trata realmente de um filho e, por isso mesmo, não exigir testemunho de reconhecimento por parte do adotado que, o mais cedo possível, deve conhecer a sua exata situação na família.

“A adoção” — afirma o Dr. F. Goust — “tem um valor humano talvez maior do que o parentesco pelo sangue. Ela comporta, como este último, sempre um risco, não se podendo prever o destino de um ser que se põe no mundo ou que se adota”.

Tudo, porém, se sublima no pensamento lapidar de Vieira:

“O filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama.”