

OS ASPECTOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A DISCIPLINA JURÍDICA DOS BANCOS DE ESPERMA

NELSON CARNEIRO

O verso é de CAMÕES:

— “Porque sempre por via irá direita
Quem do oportuno tempo se aproveita.”

Esta é a hora propícia para o painel que nos reúne. Bem haja o já renomado Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, que, por iniciativa do ilustre Presidente do Conselho Diretor, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, suscita este importante debate quando a Assembléia Nacional Constituinte se preocupa em dotar o país de sólidas instituições democráticas, o Senado Federal revê o Projeto do Código Civil votado pela Câmara dos Deputados e se aguarda decisão sobre o novo Código Penal. E, quando somente agora se divulga, entre nós, o Decreto-Lei n.º 319, aprovado pelo Conselho de Ministros de Portugal e promulgado pelo Presidente MÁRIO SOARES no passado setembro, sobre a procriação artificial humana e a recolha, manipulação e conservação de esperma. Apenas de lamentar, e muito, que aqui não esteja, com seu saber e lucidez, mestre HAROLDO VALADÃO, chamado, antes de nós, para o concílio permanente das almas nobres e puras e deixando para a multidão de discípulos, amigos e admiradores, a lição de uma vida inteira a serviço do Direito.

A mitologia reivindica para Zeus a primazia de haver engravidado a Danae, filha de Acrisio, enclausurada para não dar à luz a Perseu, que viria a matar o avô e usurpar-lhe o trono. As lendas orientais recordam as mulheres que iam sozinhas ao templo de Vanijiin, deusa da fertilidade, e de lá retornavam grávidas, inseminadas. Fora do mundo da fantasia, a primeira

mulher inseminada artificialmente seria a Rainha Joana, de Portugal, casada com Henrique IV, o Impotente. O Rei de Castela teria repudiado a mulher e se negado a reconhecer a filha. Mas a essas conjecturas os autores aduzem as experiências de MARCELO MALGIGHI, logrando o encaixe de germens nos ovos de bicho-da-seda (1670) e JACOBI, em ovos de salmão (1725). A definitiva evolução da inseminação em animais se atribui ao abade LÁZARO SPALLANZANI (1780), com a fecundação artificial de uma cadela, de que resultou a geração de cãesinhos vivos e normais, e de que se teria valido ROSSI, com significativo êxito.¹ Para JOAQUIM DIDIER FILHO a inseminação artificial começou pelo reino vegetal, nas palmeiras reprodutoras de tâmaras, evoluindo para a piscicultura, objeto das experiências de SWAMMERDAN, ao estudar a fisiologia dos animais inferiores.² Fora de dúvida parece, entretanto, que foi a Inglaterra, com JOHN HUNTER (1790) e SIMS (1866) “o berço da inseminação artificial humana”. HUNTER teria usado com inteiro sucesso a inseminação na mulher de um comerciante de fazendas londrino, do esperma de seu marido. Quase um século depois, em 1884, o médico americano ROBERT DICKINSON, obtinha esperma de um doador anônimo para inseminar na esposa de um comerciante de Filadélfia, “que era completamente estéril”.³ Em comunicação apresentada às *Journées d'Etudes de la Société Française de Sociologie* consagradas às *Analyses sociologiques de la recherche scientifique et technique*, SIMONE NOVAES afirma que até então (1983), continuava clandestina, na França, a inseminação artificial, em face das fortes objeções morais que levantava, sobretudo nos meios religiosos. “Recusava-se a violação do laço sagrado do casamento, implícita no recurso a um doador de esperma anônimo, a dessexualização da fecundação, e a masturbação-desperdício do sêmen — necessário à dádiva do esperma.”⁴ Já no fim do século XIX, o Santo Ofício respondeu *non licere* à questão *an adhiben possit artificialis fecundatio* e o Tribunal de Bordéus apontou (1883) como

1 ARTUR DE CASTILHO NETO, Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. I, ps. 61/76; MARCO AURÉLIO S. VIANA, em Revista Jurídica Lemi, nº 132, ps. 11/118; DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO DE LIMA, “Inseminação Artificial”, em Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 44, p. 399.

2 JOAQUIM DIDIER FILHO, Revista de Informação Legislativa, nº 57, ps. 305 e 214.

3 MARCO AURÉLIO S. VIANA, ob. e loc. citis.

4 SIMONE NOVAES, “La procréation insémination artificielle: Vers une analyse de la dynamique sociale”, em Social Science sur les sciences sociales, nº 22, p. 139.

um verdadeiro perigo social a inseminação artificial.⁵ Isso não impediu que logo tal prática se propagasse, principalmente nos países anglo-saxões e nem que os soldados que combatiam na Coreia “fecundassem suas esposas por meio de esperma remetido por avião”.⁶ A medida espalhou-se rapidamente por várias nações, justificando a observação de CATHERINE LABRUSSE-RIOU, Professora da Universidade de Paris-Sud, que em erudito trabalho publicado em 1986, começa afirmando que “desde há alguns anos, não passam semanas sem que a imprensa relate algumas novas proezas médicas ou científicas em matéria de reprodução humana; não passam meses sem que apareçam, nas revistas especializadas, estudos de toda sorte, onde o poder da ciência na produção, até a determinação biológica do homem, é analisada à luz da biologia ou da psicologia, da antropologia ou da sociologia, da filosofia ou da religião, da moral ou do direito. As obras se multiplicam oferecendo ao público, crédulo ou perplexo, fascinado, indiferente, ou reprovador, os meios de informação e reflexão aprofundados sobre as tecnologias da reprodução”.⁷ Enquanto isso, a legislação não acompanha o passo da ciência, a justificar a observação de JACQUES ROBERT: “A oportunidade de uma legislação devia antes de tudo depender de três fatores cumulativos. O legislador deveria iniciar perguntando se a lei eventual responde efetivamente a uma utilidade social: se ela melhorará a sorte de um número significativo de cidadãos, se ela ordena o direito em acordo com a realidade da vida, fazendo cessar este escândalo inaceitável que representa, em todo estado de direito, a não-aplicação voluntária de uma lei em vigor. Ela deveria, em seguida, ser inspirada por preocupações de justiça: averiguar se seu texto trará melhoria coletiva, sepultando disparidades e desigualdades entre os homens. Isso importaria — enfim — que não excluiria de pronto toda consideração moral, sendo entendido, por certo, que toda moral é contingente, que varia com a conjuntura e que deve sempre ser avaliada à luz da evolução social. Esta tríplice preocupação não deve retardar a ação do jurista, mas simplesmente aconselhá-lo a ser prudente

5 SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, *Direito de Família, Mudanças*, p. 137; OSVALDO PATARO, “Inseminação Artificial”, (*Medicina Legal*), em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 44, p. 411.

6 JOAQUIM DIDIER FILHO, *ob. e loc. cit.*

7 “La Filiation et la Médecine Moderne”, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 38º ano, nº 2, p. 419.

— o que não quer dizer inativo — na apreensão de realidades tão complexas.”⁸ Os aspectos jurídicos da inseminação artificial foram doutamente estudados, o ano passado, por PAULA MARINHO DA SILVA, de presença marcante no Seminário, que o Centro de Estudos da Ordem dos Advogados de Portugal promoveu, em 1985, em Lisboa, e de que participaram os professores franceses, FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE REMY, GÉRARD CONU e PIERRE CATALA. “Timidamente — escreve a ilustre advogada — temos vindo a observar o aparecimento em alguns países, nomeadamente na Inglaterra, Austrália e Suécia, focando aspectos concretos da procriação artificial, nomeadamente no campo da filiação, da maternidade de substituição e na utilização de embriões.” Mas ela mesma refere à legislação de sua Pátria, ao impor no art. 214, I, do Código Penal, de 1982, a pena de prisão de um a cinco anos, para “quem praticar inseminação artificial em mulher sem o seu consentimento”. E informa que, desde 1983, o Conselho de Pesquisas do Canadá e o Conselho Federal de Ética dos Estados Unidos debruçam-se sobre a palpitante problemática. E, em março de 1986, a Câmara dos Deputados da Espanha recebeu as conclusões de uma Comissão Parlamentar, destinada a oferecer recomendações sobre as técnicas de procriação artificial. Mas a todos se antecipou, ainda uma vez, a Inglaterra. Em 1982, instalou-se o *Warnock Committee*, dirigido por MARY WARNOCK, e que publicou, dois anos depois, “um relatório completo e aprofundado sobre esta matéria, acompanhado de uma série de recomendações com vistas a uma futura legislação”.⁹ Certo é que os legisladores não afrontaram, em toda sua profundidade, os problemas suscitados pela inseminação artificial, e CATHERINE LABRUSSE-RIOU recorda que ainda não se tornaram leis as iniciativas de CAILLAVET e MÉZARD, apresentadas, sete anos antes, ao Senado francês, apesar da convocação do Decano J. CARBONNIER.¹⁰ A própria lei de 3 de janeiro de 1972, que alterou profundamente disposições do Código Napoleônico, não haveria tomado em consideração, senão excepcionalmente, a evolução científica e médica. Sua originalidade resultaria em dissipar ficções anteriores para fundar a filiação tanto legítima quanto natural sobre a verdade, em sua dupla

8 *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Set./Out., 1984, p. 1.259.

9 *Inseminação Artificial — Aspectos Jurídicos*, Lisboa, 1986.

10 *Ob. e loc. cit.*, p. 421 e nota 4.

dimensão, biológica e afetiva ou social, que traduz a extensão dos efeitos da posse de estado, ou, como ensina JACQUES MASSIP, “a procura da verdade biológica, a preocupação de unir a criança à sua família de sangue”.¹¹ Disposições do Conselho de Europa não têm alcançado amplitude reclamada pelos problemas que a inseminação artificial desperta em todos os campos em que se projetam suas conseqüências, na medicina, no direito, na moral, na psicologia, na sociedade, não obstante a nomeação de comissões do Parlamento Europeu, em 1982, e a reunião da Conferência dos Ministros Europeus três anos depois. As religiões, em geral, aceitam a inseminação artificial homóloga, e a Católica acabará por interpretar generosamente, façamos votos, a palavra de Pio XII, ao declarar que “a fecundação artificial, fora do casamento, deve ser condenada pura e simplesmente como imoral” (*Acta A.S.*, 1949, 557). Do ponto de vista eugênico, o debate ganha especial relevo, quando FERNANDO SANTOSUOSSO lembra que um doador, com uma dádiva por semana, pode permitir 400 inseminações semanais (0,01 cc de sêmen sendo suficiente para fecundação). Assim, um só doador poderia, em um ano, ser pai de 20.000 crianças, se todas as intervenções fossem bem-sucedidas.¹²

Se os legisladores ainda não se entenderam em torno de textos que regulem, na esfera civil, a inseminação artificial, os juizes têm sido chamados a decidir problemas por ela suscitados, dos quais os mais ruidosos teriam sido, depois do nascimento da inglesa Louise Brown, o que levou às barras do Tribunal de Créteil a viúva Corinne Parpalaix, desejosa de reaver o esperma, do marido, depositado num banco do Centro de Estudos e de Conservação de Esperma — CECOS¹³ e a decisão do juiz HARVEY R. SORKOW, do Tribunal de Nova Jersey, ao entregar ao casal Stern a menor Melissa, retirando-a dos braços da mãe biológica Mary Beth Whitehead, embora não houvesse julgado, ao que se noticiou, face à discutível validade do contrato, mas o interesse da criança, cotejadas as condições pessoais dos querelantes. Daí haverem surgido vários projetos, tentando regular a matéria, seja no Senado americano, seja em vários Estados, sobre as mães

11 *La Reforme e la Filiation*, p. 6.

12 *La fecondazione artificiale nella donna*.

13 Cfr. sobre os bancos de esperma, SIMONE B. NOVAES, “Social integration of technical innovation: sperm banking and AID France and in the United States”, em *Social Science information sur les sciences sociales*, vol. 24, nº 3, Set., 1985.

substitutas. Pouco importa que não tenha vingado o filho de Alain Parpalaix, que o imaginara um pianista. O certo é que o fato se antecipou à lei e o Tribunal, debruçado sobre a realidade, teve de valer-se da analogia, invocando os poderes excepcionais que o art. 171 do Código Civil francês outorga ao Presidente da República, para autorizar, havendo motivos graves, a celebração do casamento se um dos futuros esposos morreu após o cumprimento das formalidades oficiais que demonstram sem equívoco seu consentimento. Mas outros vingaram, e resta perguntar onde estão os textos legais que regulam os direitos dos trazidos ao mundo pelos diversos métodos artificiais? Quando começaram a ser sujeitos de direitos? Nascidos depois de trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal de seus prováveis pais, têm ou não a presunção dos filhos legítimos? Qual a data de sua concepção, de modo a assegurar-lhes direitos hereditários? Mais complexa, e mais rara, é a inseminação artificial com doadora de óvulos, suscitando indagações científicas, jurídicas e morais sobremodo tormentosas. A realidade não espera o legislador, a ele se antecipa, num desafio constante. Urge trazê-la a debate, em vez de fingir desconhecê-la, como se ignorá-la acabasse por extingui-la. Nos quadros da administração teria sido a mais rumorosa a querela do prefeito de Bas-Rhin, na Alsácia Lorena, levada ao exame do Tribunal Administrativo de Estrasburgo, ao negar a inscrição dos estatutos da associação *Les Cigognes*.¹⁴

Se a inseminação artificial, seja a homóloga, e especialmente a heteróloga, levanta constantes e sempre novas indagações nesses setores, mais viva é a divergência em sua conceituação face ao direito penal, que CUELLO CALON estuda amplamente, para concluir, já em 1955, que embora a inseminação heteróloga pudesse causar enormes danos coletivos e individuais, “a lei que a submetteria à sanção penal correria o risco de ser olhada como odiosa e injusta, e seria, portanto, possivelmente, inobservada ou elidida”. Abria, entretanto, uma exceção para a inseminação heteróloga, sem o consentimento do marido, e que constituiria gravíssima ofensa, por impor ao cônjuge uma paternidade não verdadeira, tal como a resultante do adultério. Nesses casos, “esta fraude merece severo castigo”. A esse tempo, na Espanha,

¹⁴ JACQUES ROBERT, “Terrorismo, Ideologie Sécuritaire et Libertés Publiques”, em *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Nov/Dec, 1986, p. 1.704.

vigorava regulamento contendo normas deontológicas médicas, e em seu art. 19, impedia a prática de fecundação artificial “por estar proibida pela moral cristã”. No IX Congresso de Direito Penal, em Haia, resolução aprovada dispõe que “a lei penal não deve punir a prática de inseminação artificial, exceto no caso em que se realize, sem o consentimento da mulher ou do marido”. O art. 267 do Código Penal de 1969, cuja vigência estava então suspensa, punia, com detenção de até dois anos, a mulher casada que permitisse a própria fecundação, por meio artificial, sem que o consinta o marido.¹⁵ Resolução do Código de Ética Médica foi impugnada por ARTUR DE CASTILHO NETO, por não ter, simples ato administrativo emanado de um colegiado autárquico, o poder de obstaculizar a prática de um ato que a lei não proíbe.¹⁶

Antes de trazer ao erudito exame dos ilustres debatedores, para sua meditação, perguntas que reclamam, no decorrer dos anos, respostas uniformes, ou ao menos não-colidentes, perscruto quanto se tentou fazer no direito brasileiro. E destaque, de início, a contribuição do juiz JOSÉ AUGUSTO DE ABREU MACHADO, ao divergir dos juristas ANTONIO CHAVES e ORLANDO GOMES, que entendiam necessária legislação possibilitando apenas a inseminação artificial homóloga. O magistrado paulista conclui que “há necessidade de regulamentação legal segura para o bom equacionamento do problema e, salvo melhor juízo, dever-se-á autorizar a inseminação heteróloga da mulher casada, com material fornecido por ‘bancos’, regularmente constituídos e rigidamente fiscalizados, com o consentimento do marido”.¹⁷

Coube ao saudoso Senador VASCONCELOS TORRES, apresentar em 1973 o único projeto de lei, que não distinguia entre a inseminação homóloga e a heteróloga. Nem por isso, se deve recusar à proposta do parlamentar fluminense o mérito de haver tentado levar à apreciação legislativa, o estudo de uma prática que se espalha por todos os continentes.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA teria estranhado, com razão, que MIGUEL REALE não houvesse incluído, no Anteprojeto do Código Civil que coordenou, dispositivo relativo à inseminação artificial. E assim chegou, em meados de 1984, ao exame do Senado

¹⁵ Três Temas Penales, Editora Bosch, Barcelona, 1955, p. 189 e segs.

¹⁶ Ob. cit., p. 67.

¹⁷ “Direitos da Personalidade e Inseminação Artificial”, em Revista dos Tribunais, vol. 535, ps. 33/35.

Federal o Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados. Na Câmara Alta, recebeu duas emendas, que serão em breve discutidas e examinadas pela Comissão Especial daquela Casa do Congresso Nacional. A primeira, de n.º 224, subscrita pelo Senador JOSÉ FRAGELLI, era confessadamente de autoria do Professor JOÃO BATISTA VILELA, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, e dispõe: "Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial, após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendida com células reprodutivas que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúva e observadas, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta." E assim a justificou o mestre mineiro: "O projeto, que aspira a ser a nossa lei civil básica às vésperas de se completar o segundo milênio, nem sequer tomou conhecimento da fecundação artificial, e continua pensando a procriação, de acordo com as categorias tradicionais do direito. A emenda tem por fim suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica, a legitimidade do filho por essa via concebido." A outra Emenda ao art. 1.603 do Projeto, de n.º 225, de minha autoria, arrola entre os beneficiados pela presunção de legitimidade, além dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, os havidos por inseminação artificial, com prévia autorização do marido. Eis como a expliquei: "O texto evita a distinção superada. E inclui, como nascidos no casamento, os havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino." O Código Civil português já assim dispõe, em seu art. 1.839, 3: "Não é permitida a impugnação de paternidade, com fundamento em inseminação artificial, ao cônjuge que nela consentiu." Autor, no Projeto do Código Civil, do Livro do Direito de Família, coube ao Professor COUTO E SILVA opinar pela aprovação da Emenda que apresentei, e insurgir-se contra a sugestão do Professor VILELA, argumentando: "Nesta emenda procura-se estabelecer a filiação legítima também dos filhos resultantes da fecundação artificial, mesmo após a morte de um dos cônjuges. Todavia, esta matéria deve ficar à discrição da Jurisprudência, que pode extrair do Código regras a respeito. Não se deveria esta-

belecer um artigo fechado, como se propõe na emenda para a nomeação da matéria." O problema da legitimidade ou ilegitimidade do filho assim concebido desaparecerá, antes mesmo de discutido o parecer do relator, se a Assembléia Nacional Constituinte afinal aprovar o texto acolhido unanimemente pela Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, de minha iniciativa, e que proclama textualmente: "Os filhos, nascidos ou não da relação do casamento, têm iguais direitos e qualificações, proibidas na lei ou nas repartições oficiais quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", como disposto, aliás, na Constituição portuguesa. Mas, se assim entendeu a citada Subcomissão, igualmente aprovou, com meu protesto, várias emendas, que não só proíbem experiências de genética humana que importem em "qualquer prática que atente contra a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana", como também possibilitem "a inseminação *post mortem*, a maternidade substituta, os bancos de embriões humanos, a fecundação *in vitro*, a crioconservação de embriões e a procriação artificial com fins comerciais ou experimentais". A Subcomissão acolheu ainda emenda de minha autoria que proíbe a venda de órgãos de pessoa viva. A VIII Comissão Temática, de que é relator o Deputado ARTUR DA TÁVOLA, caberá manter ou modificar o texto aprovado pela Subcomissão.¹⁸

○ Multiplicam-se, por todos os países civilizados, os bancos de esperma, de que teria sido pioneiro no distante ano de 1866, o italiano Paolo Mantegazza, e, em regra, sem qualquer disciplinação legal. Marco Aurélio S. Viana recorda que Raquel Allen criou, durante a última grande guerra, uma clínica contraceptiva, visando a auxiliar os casais sem condições econômicas, ao mesmo tempo em que instalava bancos de esperma para dar aos casais sem possibilidades de ter filhos, a prole desejada, os *tes-tube-babies*. Mas o dado interessante, a seu ver, resultou do fato dos "maridos aceitarem a situação sem maiores constrangimentos, mas as mulheres, em grande número, passaram a um estado neurótico, assaltadas por uma dúvida: quem seria o pai da criança". Ana Paula é a primeira brasileira, nascida por inseminação artificial, em 1984, em São Paulo. Sim, a primeira de uma série.

18 O parecer da Subcomissão acolheu a supressão dos textos impugnados.

Perdoem-me se a multiplicidade de aspectos e de situações que este painel deverá examinar me seduziu e arrastou para exame em que não deveria interferir um intrumetido sapateiro de Appelles.

Múltiplas são as indagações que ainda dividem os estudiosos sobre os limites da inseminação artificial, aqui e no estrangeiro, para não referir aos que acreditam que a melhor solução, a menos traumática, a natural, a social, reside no incentivo à adoção plena para os lares vazios de crianças. A lei, que acaso se elaborar, deve permitir, ou não, a inseminação em mulheres solteiras, carentes de amor para doar aos filhos que não tiveram? Ou mais justo será deixá-las abandonar, se ainda é tempo, à solidão em que vivem e buscar o parceiro desejado que as fecunde? Somente a impotência *generandi* justifica o apelo à inseminação artificial? Pode-se admitir ou não a maternidade substituta? No caso afirmativo, em que condições? E a fecundação *in vitro*, convém ser ou não permitida? A lei deve restringir-se à regulamentação da inseminação homóloga ou, em determinadas circunstâncias, também da inseminação heteróloga? Quais essas circunstâncias? Como punir a quebra de sigilo quanto aos doadores? E evitar a possibilidade, ainda que remota, de incesto conseqüente à inseminação heteróloga? O doador tem alguma responsabilidade jurídica, quando acaso identificado na inseminação heteróloga, diante da prole que gerou? Qual a dos bancos de esperma? E o meio mais eficiente para controlar seu funcionamento? A essas se ajuntam as perguntas formuladas por LUÍS J. ARCHER: "Tem o cientista verdadeiro direito à liberdade de investigação? É essa liberdade limitada por outros valores? Quais, e quem os julga? Como se conjuga o direito ao segredo profissional com a obrigação de informar as comissões de segurança? Quem tem o direito e o dever de controlar a ciência, e quem assume a responsabilidade do que vier a acontecer?"

Mais para a meditação dessas e de outras dúvidas do que para sua pronta resposta, foi que o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nos convocou. E das intervenções dos ilustres colegas de painel, estou certo, há de resultar não só valiosas contribuições doutrinárias e científicas, mas também preciosos elementos a serem recolhidos pelo legislador pátrio, na tentativa de disciplinar a prática da inseminação artificial, sem coibir a incessante pesquisa do homem em busca da felicidade.