

Da Inseminação Artificial

MARCO AURELIO S. VIANA

Doutorando do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

SUMARIO: 1. Considerações Preliminares — 2. Histórico — 3. Aspecto Médico — 4. Opiniões sobre o assunto — 5. Opiniões do Autor — 6. Direito Positivo — 7. Estudo para um Anteprojeto — 8. Justificativa.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A questão não tem significado apenas acadêmico, sendo respeitável o número de nascimentos por inseminação artificial. O próprio Judiciário italiano já foi convocado para examinar um caso concreto.

Segundo notícias veiculadas pela imprensa, cerca de dois mil casais franceses recorrem a esse processo, anualmente. Existem, na França, seis bancos de esperma, sendo dois em Paris, e os demais em Lyon, Marselha, Nancy e Besançon.

A inseminação artificial é largamente utilizada em Israel e no Japão. Na Alemanha e na Suécia é, igualmente, admitida a prática, sendo que neste último nascem cerca de quinhentas crianças por ano. Na Inglaterra o índice é de seis mil nascimentos em igual período.¹

Cabendo ao Direito *prever*, como imperativo para uma vida social desenvolvida dentro de relações normais, impõe-se, por parte do Brasil, um estudo mais decisivo do tema, face

1. DOMINICI, Folco. "Dados Médicos sobre a Inseminação Artificial", pág. 207.

sua atualidade e reflexos. Nada impede mesmo que já se esteja utilizando a inseminação artificial sem maior publicidade.

São significativos os valores que o processo envolve, razão pela qual, seja admitindo, seja proibindo, a disciplina da matéria não deve ser esquecida.

2. HISTÓRICO

Segundo a lenda, Perseu foi o primeiro ser humano nascido por meio de inseminação artificial, pois Zeus fecundara a filha de Aerísio, que fora enclausurada para não ter o filho que haveria de matar o avô e usurpar o trono.

Como os limites da fantasia e da realidade se confundem, no século XVII, mais precisamente, em 1680, Swammerdam realizou as primeiras tentativas para a fecundação artificial em peixes, estudando a fisiologia da geração nos animais inferiores, segundo informa Flamíneo Fávero.²

Em 1780, Spallanzani realizou a fecundação artificial em uma cadela. Mas a primeira experiência com um ser humano ocorreu em 1790, tendo o anatomista Hunter obtido a gravidez de uma mulher aplicando diretamente na sua vagina o esperma do marido hipospático. Em 1860, Marion Sims introduz no canal cervical o líquido seminal com resultado positivo.

Lembra Vasco Damasceno Weyne que frente à História, a Espanha reclama a primazia da primeira tentativa com um ser humano. Entre 1424 e 1472, Henrique IV, de Castela, o Impotente, teria oferecido esperma para que os médicos de sua Corte introduzissem em D. Joana de Portugal, visando o nascimento de um herdeiro para a Coroa. Experiência frustrada, se é que ocorreu.³

Atualmente, a inseminação artificial em animais está largamente difundida no Brasil, com um comércio regular de

2. FAVERO, Flamíneo. "A Fecundação Artificial diante da Deontologia Médica", pág. 5.

3. WEYNE, Vasco Damasceno. "A Inseminação Artificial"; Previsão no Código Penal de 1969, pág. 102.

esperma, tendo grande valor uma ampola com semen de reprodutor de alta linhagem.

Quanto à prática da inseminação artificial pelo homem, antes de seu estudo, é da máxima importância que se tenha uma noção do procedimento médico, subsídio inafastável para perfeito entendimento do assunto.

3. ASPECTO MÊDICO

Estudando o tema, ensina A. Almeida Junior:

“Inseminação (ou fecundação) artificial é a introdução do esperma nas vias genitais da mulher, independentemente de conjunção carnal. O operador recolhe com uma seringa o material fecundante, e o injeta na vagina ou, de preferência, na própria cavidade uterina”.⁴

É fácil concluir, pela exposição feita, que o esperma é introduzido na vagina ou na própria cavidade uterina, sem que haja qualquer intuito de se provocar o orgasmo na mulher. É um procedimento meramente mecânico, que visa a gravidez. Nesses limites se esgota a técnica utilizada.

O esperma pode ser do marido ou de um terceiro. No primeiro caso, tem-se a inseminação homóloga; no segundo, ela é conhecida como inseminação heteróloga ou hetero-inseminação.

Os métodos para a colheita do semen são da seguinte ordem: após coito, por masturbação, pela massagem prostática e por aspiração mediante punção testicular.

4. OPINIÕES SOBRE O ASSUNTO

Folco Domenici realizou o levantamento das opiniões das diversas correntes religiosas a respeito do tema.

Segundo o autor, a opinião mais solene da Igreja foi dada por ocasião do IV Congresso Internacional dos Médicos Católicos, nos seguintes termos: fora do matrimônio ela deve

4. ALMEIDA JÚNIOR, A. “Lições de Medicina Legal”, pág. 328.

ser condenada, sem exceção, como imoral, pois a lei natural e a lei divina positiva estabeleceram que a procriação não pode ser senão fruto do matrimônio; na constância do matrimônio, utilizando elemento ativo de terceiro, é igualmente imoral, devendo ser condenada; no matrimônio, com semen do marido, basta citar este princípio de direito natural, o simples fato de o fim visado ser alcançado por este meio não justifica sua utilização, nem o desejo, em si mesmo plenamente legítimo nos cônjuges, de ter uma criança, basta para justificar a legitimidade do procedimento. Além disso, o elemento ativo nunca poderá ser conseguido licitamente, mediante atos contra a natureza.

Foram tidos como lícitos a obtenção do esperma "post-coito" entre cônjuges, a punção testicular e a aspiração. Mas a massagem masturbatória ou prostática seria perversão tão condenável como o onanismo.

A Igreja Anglicana, em uma convenção de teólogos, datada de 1945, com um voto divergente, concluiu: a inseminação homóloga é lícita, desde que o semem seja colhido após a relação normal, ou como tentativa de obter resultados. Também é lícita quando exija a masturbação do marido, pois o que se tem em vista é a procriação, uma das finalidades do matrimônio.

Também com voto dissidente, condenou a inseminação heteróloga, por ferir a união estabelecida entre o homem e a mulher, separando filhos dela nascidos e enganando a sociedade.

A Igreja Protestante da Suécia condena a inseminação heteróloga.

Para a Igreja Luterana de Paris, a inseminação homóloga não seria contrária aos princípios da teologia protestante, se fosse clinicamente exigida como indispensável à fecundação. O pastor Marchal julga lícito retirar o semen pela punção testicular, reprovando, porém, o coito interrompido e o uso de preservativo.

O Presidente da Consulta Rabínica Italiana, Dr. David Prato, apresenta a seguinte opinião pessoal: fecundar a mulher com semen que não seja do legítimo marido não é nem

mesmo concebido pela moral hebráica; a inseminação com o semen do legítimo cônjuge deveria ser permitida, não havendo outro meio para se alcançar a procriação; infelizmente o ato praticado pelo marido para conseguir o elemento fecundante está incluído, pela moral hebráica, entre os pecados mais graves e dolorosos. Todavia, no caso específico, em vista da finalidade a alcançar, correspondente a um dos preceitos consignados no próprio Iddio em relação aos esposos, pode ele ser excepcionalmente tolerado.⁵

Hugo E. Gatti informa que uma corrente doutrinária condena a inseminação artificial, sobretudo na Espanha, por tê-la como contrária ao direito natural, à moral católica e ao direito civil positivo. Cita opositores como Castan, Battle, Marinez Val e, na doutrina belga, Collignon.

Castan entende que a inseminação fere a moral e é até desumana, fere a dignidade do homem, os valores espirituais, ameaçando o sentimento de atração sexual.

Battle sustenta que ela prescinde da afeição originária do pai, o amor em sua manifestação primária como elemento coerente da sociedade e base de seu progresso.

Marinez Val pressente a perspectiva sombria de uma possível destruição da ordem social, familiar e moral, que levaria a um mundo impessoal e absurdo.

Collignon entende que a inseminação implicaria em uma sabotagem da família, seria admitir o desaparecimento da lei de sangue, ferir o respeito devido às heranças morais, aquebrantar a grandeza da união homem e mulher, semear os germens da decadência imediata da sociedade.⁶

Quanto a Hugo E. Gatti, não vê elementos para condenar do ponto de vista geral, dos sentimentos e da moral humana e jurídica, a prática da inseminação artificial.⁷

Entre os franceses, Roger Nerson é favorável à inseminação homóloga, sustentando que ela não atinge os alicerces

5. ALMEIDA JÚNIOR, A. Op. cit., pág. 210/211.

6. GATTI, Hugo E. "La Familia y la Técnica Actual", pág. 308.

7. GATTI, Hugo E. Op. cit., pág. 309.

da família, mas, ao contrário, fornece meios para que se atinja sua finalidade o que era difícil sem a intervenção do médico. Condena a inseminação heteróloga porque ela estabelece o risco de dar lugar ao nascimento de uma civilização destruidora.⁸

No Brasil, Ellis Hermydio Figueira admite apenas a inseminação homóloga, uma vez comprovadas deficiências orgânicas ou fisiológicas entre os cônjuges, impedindo a procriação.⁹

Para Flamíneo Fávero só é lícita a inseminação realizada com espermatozoides do marido, obtido por conjunção carnal normal, e introduzido na vagina sem intenção de provocar orgasmo. Em havendo impotência "coeundi" de um dos cônjuges, a inseminação se torna ilícita. Para que a prática se realize é mister que o casamento tenha se consumado pela efetivação da conjunção carnal, pois entende, com fundamento na autoridade de Icremin, que a fecundação artificial seguida da gravidez não é consumação do matrimônio.¹⁰

5. OPINIÃO DO AUTOR

A família como instituição social e espiritual tem dimensão impossível de se alcançar por palavras. E a inseminação artificial vai atingi-la diretamente, penetrando na intimidade do homem. Sua repercussão no psiquismo humano não se encontra devidamente traçada.

Não se defende a inseminação artificial heteróloga, pois ela implica na presença de um terceiro, em regra estranho, que oferece seu semen, seja vendendo-o, como nos Estados Unidos, seja doando-o, como na Inglaterra.

Embora do ponto de vista jurídico, o filho seja do marido da mulher inseminada, a verdade é que ele é filho de um

8. NERSON, Roger. "Les Progrés Scientifiques e l'Evolution du Droit Familial", pág. 416 e segs.

9. FIGUEIRA, Ellis Hermydio. "Inegociabilidade da matéria orgânica — Transplante de órgãos ou partes do corpo, o sangue, o leite, e o semen", pág. 151.

10. FÁVERO, Flamíneo. Op. cit., pág. 11.

desconhecido, implicando na presença de um estranho no lar. Roger Nerson se refere a esse filho como um filho biologicamente adúltero.¹¹

Armando Dias de Azevedo lembra as conclusões da Academia de Ciências Morais e Políticas da França, que em resolução de 9 de maio de 1949, depois de aludir às objeções do ponto de vista moral, jurídico e social, chamou a atenção para os inconvenientes de ordem psicológica, que nem sempre podem ser objeto de reflexão no momento de decidir, embotadas as faculdades de apreciação dos interessados surpreendidos e desconcertados pela estranheza do processo, o que torna contestável a autorização marital. Concluiu-se que "o fato de integrar fraudulentamente numa família um filho que usará o nome do pai legal e que se acreditará seu filho, deve ser considerado como atentatório às bases do casamento, da família, da sociedade."¹²

O fator psicológico já se revelou, na Inglaterra, quando na última guerra mundial, surgiu a chamada Doutrina Exeter. Raquel Allen criou uma clínica contraceptiva, tendo em vista auxiliar os casais sem condições econômicas, naqueles dias difíceis. Paralelamente lançou a idéia da inseminação artificial, visando dar aos casais sem filhos, em condições de obter, uma prole. Criou bancos de semen, e nasceram aqueles que passaram a ser conhecidos como "test tube-babies". Foi, então, que surgiu um dado interessante: os maridos aceitaram 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?

A experiência inglesa é um reflexo de cunho psicológico da inseminação heteróloga. E em verdade não se sabe até onde repercutirá na mulher, na criança e na própria estabilidade do casamento. Acrescente-se, ainda, que o homem brasileiro tem reações diferentes do homem inglês, sendo

11. NERSON, Roger. Op. cit., pág. 421.

12. AZEVEDO, Armando Dias de. "A Inseminação Artificial em Face da Moral e do Direito", pág. 502.

mais passional. Ainda não se tem elementos para um juízo definitivo.

Além disso, como asseverado por Vicente Fernandes Cascione “todo homem tem direito à paternidade real, não podendo, ninguém, nem mesmo os pais, dispor desse direito”.¹³

A inseminação homóloga, a seu turno, é, nas devidas proporções, o mesmo que a cesariana representa para o nascimento: o auxílio da ciência, que secunda naquelas situações em que a natureza, por si só, se vê impossibilitada de realizar sua tarefa, por fatores igualmente naturais. A remoção do obstáculo não fere a ninguém, mas, antes, dignifica.

As objeções levantadas contra a inseminação homóloga não convencem, sobretudo se se considerar que o triângulo: pai, mãe e filho, é mantido.

A paternidade é real, pois o semen é do marido, havendo participação científica do médico para vencer o óbice existente.

Aceita-se a inseminação homóloga desde que não haja impotência “coeundi”, seja ela física ou instrumental ou funcional. Se um dos cônjuges é portador de uma tal impotência, a prática deve ser repelida.

Como adverte Flamíneo Fávero, a inseminação artificial, seguida de gravidez, não é consumação do casamento, que só se efetiva pela conjunção carnal.¹⁴ E em qualquer uma das hipóteses de impotência “coeundi” o congresso sexual não se efetiva.

Quanto ao processo para colheita do esperma, tem-se como mais apropriado aquele que parte do ato sexual normal entre marido e mulher. As outras modalidades só devem ser admitidas em casos especiais. De qualquer forma se condena as relações do marido com outra mulher para obtenção do esperma.

13. CASCIONE, Vicente Fernandes. “A Inseminação Artificial no Novo Código Penal”, pág. 45.

14. FAVERO, Flamíneo. Op. cit., pág. 12.

6. DIREITO POSITIVO

É perfeitamente compreensível que o Código Civil brasileiro não contemple a inseminação artificial. Trata-se de criação do século XIX, quando, embora já se fizessem experiências nesse campo, era difícil uma previsão de seu alcance. Além do mais, eram precárias as vias de comunicação.

Também os Códigos Clássicos (francês, alemão e italiano), anteriores ao desenvolvimento tecnológico e científico, não trataram do assunto. Já o Código Civil de Portugal, que nasceu em 1966, disciplina a matéria no art. 1.799.

É mister, por conseguinte, que se realize um trabalho de adaptação, para que a sociedade não se veja desprotegida em um de seus valores de maior alcance: a família.

A mulher casada que se submete à inseminação artificial sem o consentimento do marido, com espermatozóide doado por terceiro, seria adúltera, ou cometeria injúria grave?

Respondendo à questão, o Tribunal de Pádua, na Itália, ao examinar o caso da professora que, separada do marido, teve um filho, segundo alegou, por meio de inseminação artificial, em sentença datada de 7 de novembro de 1958, absolveu-a do crime de adultério por insuficiência de provas. Mais tarde, o mesmo Tribunal (16/2/59), reformou a sentença, declarando-a culpada de crime de adultério.

Almeida Júnior qualifica o fato como “uma forma insólita de adultério — adultério científico”.¹⁵

A maioria dos autores se inclina pela injúria grave. É o que fazem Manoel Pedro Pimentel,¹⁶ E. Magalhães de Noronha,¹⁷ Ellis Hermydio Figueira,¹⁸ Vasco Damasceno

15. ALMEIDA JÚNIOR, A. *apud* Armando Dias de Azevedo. Op. cit., pág. 503.

16. PIMENTEL, Manoel Pedro. “A Inseminação Artificial perante o Direito Penal”, pág. 346.

17. NORONHA, E. Magalhães de. “Inseminação Artificial e Adultério”, pág. 778.

18. FIGUEIRA, Ellis Hermydio. Op. cit., pág. 150.

Weyne,¹⁹ Hugo E. Gatti,²⁰ Caio Mário da Silva Pereira²¹ e Planiol E. Ripert.²²

Na realidade não há adultério, pois ele reclama o comércio sexual, além da voluntariedade. Na inseminação artificial não há cópula carnal, mas a provocação da gravidez mediante aparato técnico-científico.

Tem-se, na espécie, injúria grave, que Clóvis Bevilacqua define como “toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras”²³ e que contém no elenco da conduta desonrosa, na terminologia da Lei 6515/77.

Caio Mário da Silva Pereira sustenta, com propriedade, que haverá injúria grave se o marido provoca a gravidez da mulher contra a sua vontade, ou lhe ocultando este propósito.²⁴

Em se tratando de inseminação homóloga, se a mulher utiliza desse recurso, contra a vontade ou sem o conhecimento do marido, ou se este lhe provoca a gravidez contra a vontade, ou lhe oculta seu intento, entende-se que haja conduta desonrosa, embora caiba ao juiz o exame cuidadoso dos fatos para só conceder a separação quando o fato implicar em uma situação tal que a vida em comum se torna difícil.

Dá-se conduta desonrosa quando o marido, concordando com a inseminação heteróloga, depois de consumada, nega a paternidade, pela ação própria. O mesmo se dá quando, na hipótese de inseminação homóloga, estando o marido à distância, nega a paternidade apoiado, justamente, na sua ausência.

Já Ellis Hermydio Figueira desenvolve tese no sentido de que haveria lugar para anulação de casamento, em caso de

19. WEYNE, Vasco Damasceno. Op. cit., pág. 117.

20. GATTI, Hugo E. Op. cit., pág. 316.

21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”, vol. V, pág. 151.

22. PLANIOL *et* RIPERT. “Traité Pratique de Droit Civil Français”, t. II, pág. 388, Nota.

23. BEVILAQUA, Clóvis. “Direito de Família”, pág. 312.

24. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., vol. V, pág. 151.

inseminação heteróloga, com fundamento em erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.²⁵

Não merece acolhida o pensamento do autor por não se encontrar fundamento que o apóie.

Além das implicações entre marido e mulher, a inseminação artificial atinge outra órbita de interesses: o menor, a criança nascida dessa técnica. Dentro da sistemática adotada pelo diploma civil brasileiro, a tutela da criança é feita em termos de máximo rigor, o que se justifica sob todos os aspectos.

Em havendo casamento, presente a máxima: "pater is est quem nuptiae demonstrant". Esta presunção conhece três exceções:

- 1 — impossibilidade física de coabitação nos primeiros 121 dias ou mais de 300 que houverem precedido ao nascimento;
- 2 — separação legal;
- 3 — impotência absoluta.

São estes os únicos casos de negação de paternidade. Mas o rigor legal é ainda mais acentuado, pois em caso de separação legal, se os cônjuges viverem um só dia sob o mesmo teto, não se acolhe a alegação.

A impotência há de ser absoluta, e nem mesmo o adultério ilide a presunção, assim como a confissão materna.

O direito positivo brasileiro dá um caráter intocável à paternidade real, resultante do anseio inato do homem, que a lei se apressa em garantir. Ninguém, nem mesmo os pais, pode dispor desse direito, cuja garantia é base à perfeita estrutura familiar e de equilíbrio do Estado.

Considerando-se os profundos reflexos que provoca, a disciplina da inseminação artificial não pode deixar de considerar, como um dos seus aspectos mais relevantes, uma real e efetiva tutela dos interesses da criança nascida nessas circunstâncias.

25. FIGUEIRA, Ellis Hermydio. Op. cit., pág. 152.

Problema crucial, portanto, é o da paternidade, quando a mulher é solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada. O doador do esperma é passível de ação de investigação de paternidade?

A resposta é afirmativa. A paternidade não se assenta na noção de culpa ou de relação sexual entre homem e mulher, embora seja esta a situação normal.

Mas a forma tradicional de procriação sofre o impacto da ciência e da tecnologia. Cumpre ao Direito, por intermédio da norma, a disciplina dos valores em relação, para que os membros da sociedade se vejam protegidos.

A paternidade real é arduamente defendida pelo direito positivo, como exposto, e, também aqui, não há nada que justifique outra posição. Pouco importa a maneira pela qual a mulher foi fecundada, a responsabilidade é do doador, que contribuiu para um nascimento. Não importa, inclusive, que ele conheça a mulher.

A paternidade é um direito inquestionável. A criança tem direito a ela, e os responsáveis por seu nascimento, assim como nenhum outro membro da sociedade, estão investidos de poder para negá-la. O que se deve ter em mente é o fato biológico, abstraindo-se a forma ou o método de fecundação.

Hugo E. Gatti, ao examinar a inseminação de mulher solteira, não vê maiores problemas quanto ao reconhecimento da paternidade.²⁶

A utilização do método pela mulher casada sugere três situações:

- a) o marido consente;
- b) o método é utilizado contra sua vontade, ou sem seu conhecimento;
- c) o marido consente, mas depois nega a paternidade.

No primeiro caso, como o marido não negará a paternidade, o filho passará como filho legítimo. Se tiver havido uma inseminação heteróloga, nada se provará, pois a única

26. GATTI, Hugo E. Op. cit., pág. 312.

pessoa hábil a evitar a burla da lei se põe de acordo com os fatos.

Na segunda hipótese, se o marido nega a paternidade, só restará à criança propor a ação de investigação contra o doador, observado o que a respeito dispõe a legislação vigente. Nada obsta que pleiteie alimentos, nos termos da Lei nº 883/49.

Mas a questão assume contornos mais delicados naquele caso em que o marido, tendo consentido na prática da inseminação, vem mais tarde e propõe ação negatória de paternidade, fundando seu pedido em uma das hipóteses legais. Implicaria a autorização do marido em renúncia ao direito de negar a paternidade?

Um tal direito não conhece renúncia. É verdade que o interessado não está obrigado a acionar, pois o que a lei lhe garante é um meio de se defender de uma paternidade para a qual não contribuiu. Mas se ele tem conhecimento do fato, e deixa correr o tempo sem se manifestar, em nome da instituição familiar, do interesse do menor, da segurança e tranqüilidade social, lhe é vedada qualquer atitude.

É possível que se levante uma objeção: ao autorizar uma inseminação heteróloga, o marido estaria se obrigando a não acionar, comportando-se, antes da consumação do ato, da mesma maneira daquele que sabendo do nascimento de um filho, que não é seu, deixa de negar a paternidade, no prazo legal.

A argumentação impressiona à primeira vista, mas não resiste a uma análise mais profunda. O dado relevante que orienta a matéria, no Código Civil, é o interesse da criança e o da sociedade. É a própria moralidade social que se agita, dizendo ao indivíduo que, se ele conhece o fato, tem tantos meses para decidir pela negação, implicando, seu silêncio, na perda de qualquer oposição futura. A regra é que qualquer criança nascida de uma sociedade conjugal regular é do marido, a menos que ele prove a impossibilidade dessa paternidade.

Na realidade, quando o marido, a mulher e o médico se propõem a uma inseminação heteróloga, estão burlando a lei, subvertendo os fatos e fugindo das bases assentadas para a constituição da família. Ora, se o marido desiste, se está

atingindo a mulher, está sendo honesto com a sociedade, respeitando-lhe os valores já sedimentados. Em última análise, se existe o instituto da negatória de paternidade, fundado no respeito ao sentimento do homem, de sua individualidade, não é menos acentuado e determinante o interesse social que cerca a paternidade e a família de cuidados extremos, por ser o primeiro um direito sagrado e a última a base e o sustentáculo da organização estatal.

Só com permissão expressa da lei haverá lugar para outra solução.

A aplicação correta da lei reclama, em todos os casos de inseminação artificial, uma abstração do método utilizado, devendo-se sempre ter em mente o fato dentro dos moldes tradicionais, ensejando a aplicação equilibrada da lei.

7. ESTUDO PARA UM ANTEPROJETO

É o Direito, materializado na norma, a forma inexorável, o instrumento derradeiro de se impôr o comportamento, disciplinando o entrechoque de interesses que se instala naturalmente na sociedade. É indiscutível que a sociedade, muitas vezes, pode se resguardar, independentemente da presença do jurídico, como assevera Luis Recaséns Siches.^{26A} Mas quando os outros meios se mostram impotentes o Direito se apresenta como o elemento decisivo, impondo o padrão que melhor realiza, naquele momento, os fins sociais.

A tarefa de legislar é delicada e seu exercício impõe grande responsabilidade. O conhecimento perfeito do fato é imperativo do qual não se admite afastar, razão pela qual a contribuição do técnico é de grande importância. Ele persegue o *certo*, partindo de leis determinadas, ensejando ao jurista uma visão real das forças em choque. O homem do Direito, que é *sentimento*, realiza a disciplina segundo as necessidades reais da sociedade.

26A. SICHES, Luis Recaséns. "Tratado General de Filosofia del Derecho", pág. 223.

Mas não é bastante o conhecimento do fato, em todas as suas nuances. Reclama-se linguagem clara e escorreita, e terminologia adequada.

Da reunião de todos esses elementos surge a oportunidade de uma regulamentação mais lúcida.

Tendo examinado o aspecto médico do fato (§ 3 supra), suas implicações e reflexos conhecidos, é importante a escolha da terminologia adequada à espécie.

Entre os autores de Direito Penal encontra-se a utilização da expressão *inseminação artificial* e *fecundação artificial*. Pela primeira se inclinam Vasco Damasceno Weyne²⁷ e Manoel Pedro Pimentel,²⁸ em favor da segunda se orientam E. Magalhães de Noronha,²⁹ Milton Sanseverino³⁰ e Vicente Fernandes Casciones.³¹

Na esfera médico-legal não há, igualmente, uniformidade de pensamento. Flamíneo Fávero prefere o termo *fecundação artificial*³² enquanto Folco Domenici adota a expressão *inseminação artificial*³³ A. Almeida Júnior utiliza-se ora de uma ora de outra.³⁴

Entre os civilistas a situação é a mesma. Fazem uso do termo *inseminação artificial* os seguintes autores: Hugo E. Gatti,³⁵ Roger Nerson,³⁶ Colin *et* Capitant,³⁷ Planiol *et* Ripert,³⁸

27. WEYNE, Vasco Damasceno. "Inseminação Artificial — Previsão no Código Penal de 1965".

28. PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., pág. 344.

29. NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., pág. 778.

30. SANSEVERINO, Milton. "A Inseminação Artificial em Face do Novo Código Penal", pág. 31.

31. CASCIONES, Vicente Fernandes. Op. cit., pág. 45.

32. FÁVERO, Flamíneo. Op. cit., pág. 7.

33. DOMENICI, Folco. Op. cit., pág. 207.

34. ALMEIDA JÚNIOR, A. Op. cit., pág. 328.

35. GATTI, Hugo E. Op. cit., pág. 306.

36. NERSON, Roger. Op. cit., pág. 416.

37. COLIN *et* CAPITANT. "Traité de Droit Civil", t. I, pág. 381.

38. PLANIOL *et* RIPERT. Op. cit., t. II, pág. 267 e 388.

Caio Mário da Silva Pereira,³⁹ Raimond Legeais,⁴⁰ Ugo Majelo,⁴¹ Enneccerus Kipp e Wolf preferem a outra expressão.⁴²

O pensamento daqueles que na esfera penal defendem a utilização da expressão *fecundação artificial*, é exposto por Vicente Fernandes Cascione:

“... pois na verdade, não é a *simples inseminação* que é passível, mas o ato da mulher casada que promove ou permite sua *fecundação* graças à inseminação artificial heteróloga”.⁴³

O que caracteriza a antijuridicidade penal é, na verdade, a gravidez resultante da prática da inseminação heteróloga. Não ocorrendo a fecundação, o fato não oferece qualquer relevância para o mundo jurídico penal.

Flamíneo Fávero entende que o que é inseminação artificial para os animais é fecundação artificial para a espécie humana. Adverte ele que a sua conclusão partiu do ensinamento de Etienne Martin, para quem a palavra fecundação artificial “é bizarra, mas para nós ela quer dizer uma fecundação natural obtida por meio de um artifício”.⁴⁴

Os autores de Direito Civil não justificam a escolha da terminologia empregada.

Tem-se como mais apropriado para a disciplina no âmbito civil o termo *inseminação artificial*. O simples fato de uma mulher casada se submeter ao processo, sem o consentimento do marido, é causa para a separação litigiosa. Não se cogita da gravidez, como na esfera penal, para a determinação antijuridicidade. A simples utilização da técnica caracteriza-se como violadora do respeito devido pelos cônjuges.

39. PEREIRA, Caio M. da Silva. Op. cit., pág. 11.

40. LEGEAIS, Raimond. “Droit Civil”, t. I, pág. 372.

41. MAJELO, Ugo. “Inseminazione Artificiale e Adozione”, pág. 489.

42. KIPP, Enneccerus. “Tratado de Derecho Civil”, t. IV, vol. II, pág. 6.

43. CASCIONE, V. Fernandes. Op. cit., pág. 45.

44. FÁVERO, Flamíneo. Op. cit., pág. 7.

Diante dos fatos, prefere-se a utilização da expressão *inseminação artificial*.

Passa-se, agora, à elaboração do anteprojeto, cuja justificativa se fará no próximo parágrafo.

DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Disposições Preliminares

Art. 1º — A inseminação artificial homóloga poderá ser realizada, mediante prévio acordo entre os cônjuges, manifestado perante o Juiz da Vara de Família.

Art. 2º — É proibida a inseminação heteróloga, a inseminação de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e de mulher casada que já tenha filho.

Art. 3º — Não será permitida a inseminação artificial sem que o casamento tenha sido consumado pela conjunção carnal entre os cônjuges.

Art. 4º — É proibida a inseminação artificial se um dos cônjuges for portador de impotência funcional ou instrumental.

Art. 5º — É proibida a colheita de esperma mediante conjunção carnal com outra mulher que não a esposa.

Art. 6º — Só será permitida a inseminação artificial, quando comprovada por laudo médico a impossibilidade de fecundação por meio de conjunção carnal.

Art. 7º — Constará minuciosamente do laudo a que se refere o art. 6º, todos os processos e técnicas empregadas para a constatação da impossibilidade de fecundação por meio de conjunção carnal, devendo ser assinado, pelo menos, por dois médicos que tenham realizado os exames.

Procedimento

Art. 8º — A inseminação artificial será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º — Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º — As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

Art. 9º — A petição será instruída com a certidão de casamento e o laudo a que se referem os artigos 6º e 7º.

Art. 10 — Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois (2) artigos antecedentes; em seguida ouvirá os cônjuges, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade.

§ 1º — Convencendo-se o juiz que ambos, livremente e sem hesitações, desejam realizar a inseminação artificial, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de cinco (5) dias, a homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com quinze (15) a trinta (30) dias de intervalo, para que voltem, a fim de ratificar o pedido de inseminação artificial.

§ 2º — Se qualquer dos cônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará incinerar a petição e documentos.

Art. 11 — Homologado o acordo é ele válido pelo prazo de um (1) ano.

Parágrafo único — Transcorrido o prazo a que se refere o art. 11, sem que se obtenha a gravidez, para que se realizem novas tentativas é necessário novo acordo, nos termos desta lei.

Art. 12 — Obtida a gravidez, o médico e os cônjuges, em petição escrita, acompanhada da prova do fato, informarão ao juiz.

Art. 13 — Os cônjuges e o médico informarão ao juiz o nascimento da criança, no prazo de sete (7) dias, em petição escrita, acompanhada da certidão de nascimento.

Art. 14 — Transcorrido o prazo legal para o ajuizamento da ação negatória de paternidade, o juiz determinará que os autos sejam incinerados.

Art. 15 — É proibido cópia, por qualquer meio ou processo, certidão ou traslado de qualquer peça dos autos.

Art. 16 — O processo independe de distribuição e correrá em segredo de justiça.

Sanções

Art. 17 — Comunicar ao público, por qualquer forma ou processo, a realização de inseminação artificial,

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

§ 1º — Se o infrator for médico, será punido, também, com a suspensão do exercício da profissão, por prazo nunca inferior a um ano e, em caso de reincidência, ficará proibido de exercer a profissão.

§ 2º — Se o infrator for tabelião ou juiz será punido, também, com a suspensão do exercício do cargo e, em caso de reincidência, perderá o cargo, ficando proibido de exercer qualquer cargo público no âmbito do Judiciário.

§ 3º — Incorrem na pena ao artigo 17 os diretores de órgão de comunicação, jornalistas, repórteres fotógrafos, cinegrafistas e quaisquer outros profissionais de comunicação.

Art. 18 — Concorrer para que seja comunicada ao público a realização de inseminação artificial,

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único — Se o infrator for médico, tabelião ou juiz, será punido, também, na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 17.

Art. 19 — Extrair cópia, por qualquer meio ou processo, certidão ou traslado de peça dos autos,

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único — O tabelião será punido, também, na forma do § 1º do art. 17.

Art. 20 — Doar ou vender esperma para inseminação artificial heteróloga,

Pena — reclusão, de um a dois anos.

Art. 21 — Realizar ou participar de inseminação artificial heteróloga,

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

Art. 22 — Submeter-se a inseminação artificial heteróloga,

Pena — reclusão, de um a três anos.

Art. 23 — O marido que submeter a mulher a inseminação artificial heteróloga será punido com pena de reclusão de um a três anos.

Art. 24 — O homem que doar ou vender esperma para inseminação artificial será sujeito passivo de ação de investigação de paternidade.

Art. 25 — Sem prejuízo do que dispõe a presente lei, a autoridade judiciária ou policial poderá promover a busca e apreensão de livros, revistas, filmes, fotografias, enfim, qualquer meio de comunicação ao público de realização de inseminação artificial.

Disposições Finais e Transitórias

Art. 26 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

8. JUSTIFICATIVA

Sustenta Igor Tenorio, com propriedade, que as descobertas científicas e a evolução técnica, “ainda que tenham aberto vastas perspectivas ao desenvolvimento, também podem colocar em perigo os direitos e liberdades do indivíduo, e devem ser objeto de atenção vigilante”.⁴⁵

E esta é a razão que justifica e autoriza a disciplina da matéria em estudo.

A sociedade está sem proteção. Não dispõe de meios ou instrumentos para tutelar os interesses dos indivíduos, nessa esfera.

Inclusive Caio Mário da Silva Pereira criticou o anteprojeto de Código Civil apresentado por Miguel Reale, por não se encontrar nele dispositivo sobre a inseminação artificial.⁴⁶

45. TENORIO, Igor. “Cibernética e Direitos do Homem”, pág. 484.

46. PEREIRA, Caio Mário da S. “Anteprojeto de Código Civil — Suas Falhas e Imperfeições”, pág. 21.

Ao se elaborar o trabalho, que ora se apresenta, teve-se em mente oferecer um estudo embrionário, para exame e estudo dos mais doutos. É o primeiro passo no caminho de uma regulamentação da matéria. E mesmo que não se queira admitir a prática, pelo menos que se proíba em texto de lei. O importante é que o direito positivo apresente dispositivo sobre a espécie, resguardando a sociedade.

Imprimiu-se uma estrutura simples ao anteprojeto sugerido, que é dividido em quatro partes.

Nas "Disposições Preliminares" foram englobados os princípios que norteiam a disciplina da inseminação artificial.

Assim é que se admite apenas a inseminação homóloga e realizada em mulher casada. Reclama-se conjunção carnal entre os cônjuges como prova da consumação do matrimônio e a impossibilidade de reprodução, por laudo médico. Como consequência desta orientação, em havendo impotência funcional ou instrumental, não se permitirá a inseminação.

Em seguida passa-se ao procedimento a ser adotado pelo casal interessado em se submeter ao processo.

Tomou-se como modelo os dispositivos do Código de Processo Civil sobre separação consensual, com as necessárias modificações.

Os cônjuges, em petição escrita, acompanhada da certidão de casamento e do laudo médico, solicitarão ao magistrado da Vara de Família permissão para realizar a inseminação artificial. Este pedido, formulado em juízo, nada mais é do que um acordo entre marido e mulher, no sentido de se provocar a fecundação com o auxílio da técnica e da ciência. O juiz apenas advertirá os cônjuges para a responsabilidade que assumem ao manifestarem suas vontades. Examinará, outrossim, se a manifestação é livre, sem hesitações, evitando que um dos cônjuges seja constrangido pelo outro, o que, certamente, trará implicações futuras.

A presença do magistrado se afigura da máxima importância por representar a presença e autoridade da Justiça, afastando toda e qualquer possibilidade de abusos.

O juiz terá papel de maior significado, incumbindo-lhe acompanhar o desenvolvimento de todo o trabalho até o nascimento.

Uma vez nascida a criança, os autos serão incinerados, depois de transcorrido o prazo para ajuizamento de ação negatória de paternidade. Aguarda-se pelo curso desse período, porque o marido pode descobrir, por exemplo, que, sob o manto da legalidade, a mulher submeteu-se, em verdade, a uma inseminação heteróloga. Que houve burla ou violação à lei. Abre-se, assim, oportunidade para que se evite uma fraude.

Para que o processo tenha a menor publicidade possível, dispensa-se a distribuição. Com essa solução a parte procurará o juiz diretamente. Não haverá notícia maior sobre a utilização da prática. E essa preocupação é complementada pelo segredo de justiça e pela proibição de extração de cópias, certidões ou traslados de peças do processo.

Um sistema de sanções se afigura indispensável ao cumprimento da lei, pelo menos no atual estágio da civilização.

E em razão disto é que se cercou a violação dos dispositivos de penas de reclusão, como forma de se desestimular possíveis infratores.

Dentro da filosofia adotada no correr da monografia e consagrada no anteprojeto, teve-se em mira evitar a publicidade em torno da adoção da prática, e isto porque não se sabe até que ponto a pessoa nascida por esse processo reagirá em tendo conhecimento da forma pela qual foi gerada.

Ao médico, ao tabelião e ao juiz, além da pena de reclusão, se impõe, como pena acessória, a suspensão ou a perda do direito de exercer a profissão ou o cargo. E o maior rigor para com eles se justifica perfeitamente, pela participação que têm no desenvolvimento de todo o processo de inseminação artificial.

E para que a tutela dos interesses seja mais efetiva, armou-se a autoridade policial de poder para promover a busca e apreensão de qualquer tipo de publicação, filmes, foto-

grafias, que envolvam publicidade em torno da prática. O objetivo é dar maior rapidez à repreensão, ao mesmo tempo que enseja um trabalho preventivo mais efetivo.

Em linhas gerais pretende-se ter dado as razões que determinaram a elaboração do anteprojeto, na forma apresentada. Que os doutos examinem e considerem o tema, e tragam a contribuição definitiva à disciplina da matéria.