

I — INTRODUÇÃO

Vivemos uma hora de profundas expectativas em relação às transformações político-sociais. E, neste momento de mudanças, a votação do Código Civil merece destaque especial.

Entre os temas polêmicos relacionados com o projeto do Código Civil que têm sido objeto de críticas, um assunto merece atenção especial: a omissão de nossos legisladores quanto à inseminação artificial e outras formas de concepção humana.

Esta matéria, já incontroversa para a ciência, alterando fundamentalmente os conceitos tradicionais de paternidade e relacionamento conjugal, influi de maneira decisiva na conjuntura familiar e, conseqüentemente, em seu reflexo patrimonial.

Neste momento em que o homem passa a controlar os segredos da vida humana, não pode o civilista ignorar as contribuições da biologia ao Direito de Família.

Estas novas conquistas da ciência, relacionadas com a reprodução humana, visam a proporcionar, a casais que não podem conceber naturalmente, a oportunidade, com a ajuda das novas técnicas científicas, de realizarem-se como pais, criando laços familiares idênticos àqueles que os conceberam normalmente.

Não só está em jogo uma revisão nos conceitos de paternidade, maternidade e filiação, mas, vai mais longe, exigindo uma atualização de conceitos sobre reprodução humana, até hoje incontestáveis.

A necessidade de reexame das normas se reflete essencialmente nas demais utilizações dessas novas conquistas, extremamente sensíveis a utilizações irregulares e destinadas a outros fins, diferentes daquelas previstas inicialmente pela ciência.

Não é pacífica ainda, na doutrina, a terminologia sobre o tema. São porém comumente usados “inseminação artificial” e “fecundação artificial”.

Luiz Chemim Guimarães, define a *fecundação* como a “união e fusão dos elementos masculino e feminino de reprodução de que resulta o ovo” (*Inseminação Artificial Criminosa* — Editora Rio, p. 11).

Quando a fecundação é obtida através de procedimentos estranhos aos naturais diz-se que se trata de *fecundação artificial*.

N. A.: Este trabalho foi escrito em 1986, mas sofreu revisão adaptando-o às modificações introduzidas pela Constituição Brasileira de 1988.

A *inseminação artificial* é um “processo de fecundação que consiste na introdução, por meio de técnicas e recursos médicos, de sêmen nas vias genitais femininas” (*Enciclopédia Saraiva de Direito* — verbete “Inseminação artificial”, vol. 44, pág. 399).

Luiz Chemim Guimarães critica o termo fecundação artificial (juntamente com outros doutrinadores como *Bani, Pellegrini, Devrai-que, Seny e Palagi*) “porque o único processo não artificial da operação é a própria fecundação, enquanto são artificiais os meios utilizados para consegui-la.”

Esclarece o mesmo autor que a expressão “fecundação artificial” é inadequada, mesmo quando realizada *in vitro*. Por esta técnica, “extraí-se o óvulo do interior do útero e, no tubo de ensaio ou recipiente apropriado, apenas provoca-se a sua fusão com a célula masculina reprodutora (*obra cit.*, pp. 11/12).

Entre os autores brasileiros de Direito Penal e Medicina Legal, *Vasco Damasceno Weyne, Manoel Pedro Pimentel*, entre outros, preferem a expressão inseminação artificial, enquanto *Flamino Fávero* prefere fecundação artificial.

Entre os civilistas, a expressão inseminação artificial é mais usada a exemplo de *Hugo Getti, Rojer Nerson, Colin et Capitant, Planiol et Ryper, Caio Mario da Silva Pereira, Raimond Legesis, Ugo Majelo* e outros. (*Marco Aurélio S. Viana*, em “Da Inseminação Artificial”, publicado na “Revista de Direito da U.F.M.G.”, vol. 27, pág. 252).

Outras denominações foram propostas para estas formas de reprodução, mas parece que a “inseminação artificial” predominou na literatura mundial sobre o assunto.

Etimologicamente, inseminação vem do latim *inseminatio*, cuja origem se fixa no verbo *in semino, as, avi, atum, are* — que significa procriar, gerar, disseminar, propagar. Artificial vem do latim erudito *artificialis*, que resulta de *artificium* e, que quer revelar arte, habilidade, ciência e técnica (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, volume 44, página 399).

A inseminação artificial em espécies animais e vegetais remonta ao século XIV. Já era conhecida pelos árabes que, em 1322, a utilizavam para a reprodução de cavalos, e também como arma de guerra, fecundando com sêmen de cavalos enfermos as éguas pertencentes aos inimigos.

No século XVII, em 1680, *Swammerdam* fez algumas experiências numa tentativa de fecundação em peixes, aprofundando seus estudos sobre a fisiologia dos animais inferiores.

Foi, porém, após o século XVIII que as experiências de inseminação artificial fora do coito natural, demonstraram a possibilidade de gestação sem o contato direto dos germes do macho e da fêmea (*Luiz Chemim Guimarães* — *ob. cit.*, pág. 18).

Atribui-se a *Lázaro Spallazoni*, na Itália (1780), e a *John Hunter*, na Inglaterra (1780), as primeiras experiências de inseminação artificial humana. Já em 1860, *Marion Sims*, obteve resultado positivo introduzindo líquido seminal no canal cervical “Da Inseminação Artificial” *Marco Aurélio S. Viana*, in “Revista da Universidade da Faculdade de Direito da U.F.M.G.”, volume 27, pág. 238).

É, porém, a Espanha que reclama a autoria da primeira tentativa de inseminação com seres humanos.

Visando à sucessão da coroa, Henrique IV de Castela — “o impotente” — forneceu seu esperma para que os médicos da corte inoculassem em sua mulher Da. Joana de Portugal, entre 1424 e 1472, visando a um herdeiro para a coroa.

Sabe-se, porém, que a experiência frustrou-se (*Marco Aurelio S. Viana, ob. cit.* pág. 238).

Não se pode esquecer, ainda, a valiosa contribuição de *Gregor Mendel*, que realizou sozinho experiências sobre hereditariedade com ervilhas.

Em *Brunn* (antiga *Brno*), na *Checoslováquia*, demonstrou que hereditariedade baseava-se na transmissão de caracteres distintos, depois batizados de genes. Seus estudos, porém, só foram publicados em 1865.

Merece destaque também o trabalho de pesquisa desenvolvido por *Elias Ivanov*, veterinário russo que, em 1910, descobriu a maneira de conservar o sêmen fora do organismo através do seu resfriamento, e demonstrou a vantagem quantitativa do processo artificial sobre o natural com o uso de espermatozóides de cabritos selvagens em cabras domésticas. Com o desenvolvimento de seu método, ovelhas, vacas e éguas passaram a ser inseminadas artificialmente, permitindo o maior aprimoramento das raças bem como a melhoria sob o ponto de vista econômico (*Antonio Mies Filho, Reprodução dos animais e inseminação artificial* — Livraria Sulina Editor — 2.^a edição).

A biologia de nossos dias deu, porém, um passo maior ao decifrar os mistérios da célula, elucidando os mecanismos sutis que governam tudo o que é vivo. O estudo do DNA, a molécula que comanda, ao mesmo tempo, o maquinismo celular e a hereditariedade, permitiu aos biólogos decifrar completamente o código genético. 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. A manipulação genética atual, ou recombinação genética, como preferem os cientistas, já permitiu o nascimento em *Cambridge*, na Inglaterra, de uma cabra-ovelha (“A Revolução genética” — “Estado de São Paulo”, 02-09-84).

Após a violação, por um biólogo americano, da proibição de manipulação da genética sobre seres humanos, a ciência genética criou

o precedente para que engenheiros usassem estas novas descobertas como forma de fazer fortuna, criando nas próprias associações de gênio genético para fazer nascer uma nova raça de remédios.

Porém, estas associações não se dedicaram apenas às novas criaturas microscópicas. Seus trabalhos progredem em todos os setores, tais como pesquisa sobre o câncer, diagnósticos genéticos do feto, do recém-nascido e do adulto, hormônios do crescimento, vacina contra a hepatite B etc. .

Por outro lado, os avanços da embriologia podem permitir o ressurgimento do eugenismo, o que pode reservar muitas surpresas para a humanidade.

A sociedade de classe moldada por controle genético sugerida por *Aldous Huxley*, em sua obra *Admirável Mundo Novo*, deixou de ser uma fantasia imaginosa. O embrião humano passou a ser objeto de técnica científica e de poder.

Um periódico francês ("*Le Monde Hebdomadaire*" n.º 1897, de 07-03-85) deu notícia da venda de embriões humanos, por funcionários de um hospital, para empresas farmacêuticas visando à fabricação de produtos de beleza. Esta notícia trouxe à tona uma discussão do problema, tornando-se pública a informação de que, há quatorze anos, firmas farmacêuticas da Alemanha Federal e da Áustria já realizam este tipo de comércio. Outros tipos de venda são comuns nesta área, tais como cérebros e hipófises humanas bem como testículos humanos destinados a produtos para o crescimento.

Além disso, a técnica de clonagem (duplicação dos seres humanos, através de células e com a mesma característica genética) já conseguida com batráquios e répteis, hoje é empregada com sucesso em mamíferos. Partindo destas conquistas, é lógico admitir que está próximo o dia em que o homem possa ser criado desta forma.

Já prevendo isto, foi criado na década de 80, nos Estados Unidos, o "Banco de Sêmen de Prêmio Nobel", visando a "produção de gênios com capacidade de inteligência acima do normal", como prevê seu criador o cientista Dr. *Robert Klark Graham*.

A fecundação *in vitro*, a técnica do embrião congelado a 196 graus negativos, que surgiu com o objetivo de estimular a fertilidade das mulheres sem filho, é hoje utilizada em alta escala como forma de armazenamento de embriões, e, conseqüentemente, permitindo novas conquistas na área da engenharia genética cujos limites éticos exigem um controle mais rígido no que diz respeito à continuidade das pesquisas. A possibilidade de um só homem gerar 20 mil bebês, auxiliado pela habilidade científica de criar e congelar os embriões, torna premente a atuação do Estado e instituições jurídicas no controle destas novas conquistas.

O armazenamento de embriões — guardados por um prazo máximo de 10 anos — permite, teoricamente, a possibilidade de se “fabricarem” irmãos e irmãs com muitos anos de distância entre si, o que exigiria uma revisão do conceito de filiação, parentesco e hereditariedade, questionando ainda os princípios essenciais dos direitos, da pessoa e da família, que constituem fundamento da moral e da deontologia médica.

Um estatuto legal até hoje desconhecido para estes embriões congelados limitaria a sua utilização para fins obscuros, facilitando, por outro lado, a tarefa dos pesquisadores nas áreas de atuação previstas no ordenamento da matéria.

Intermináveis confusões jurídicas também têm surgido com a industrialização dos produtos originários da pesquisa genética.

Por outro lado, hão de se fixar, com urgência, os limites de responsabilidade criminal e civil dos responsáveis pelo lançamento destes produtos no comércio mundial.

Da mesma forma, exige-se com urgência a regulamentação da mãe-de-aluguel, prática de engravidar por inseminação artificial entregando o bebê, após o nascimento, ao casal interessado, em troca de dinheiro. Isto tem sido feito através de agências que atuam recrutando mulheres mediante anúncios em jornais. Esta prática já é comum na França e nos Estados Unidos.

O novo recurso técnico-científico está exigindo premente ordenamento do contrato entre os interessados com a interveniência da instituição que a realiza, fixando os limites, responsabilidades, deveres de cada um, e os seus respectivos direitos.

A ciência destaca duas espécies de inseminação artificial: a homóloga, feita com o sêmen do marido, e a heteróloga, praticada com sêmen de terceiro.

Barreiras de caráter moral, ético e religioso têm refreado o ânimo dos legisladores de reverem os conceitos jurídicos.

A Igreja Católica condena qualquer tipo de inseminação artificial.

Antonio de Pádua Leopoldo de Oliveira in “Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial”, publicado na obra Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mario da Silva Pereira, p. 583, comenta: “O Santo Ofício já estabelecia a sua iliceidade em 1897, tendo sido também esta a opinião do Papa Leão XIII. Em 1949, por ocasião do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos, realizado em Roma, o Sumo Pontífice condenou a inseminação dentro e fora do casamento. Em 1951, o Papa Pio XII, ante um congresso de Teólogos Católicos, confirmou a oposição da Igreja a qualquer forma de fecundação artificial”.

Marco Aurélio S. Viana (*ob. cit.*, p. 241) transcrevendo Folco Domenici (*Dados médicos sobre inseminação artificial*, p. 207), cita algumas opiniões de diversas correntes religiosas a respeito do tema.

A Igreja Anglicana, em uma convenção de teólogos (1945), com um voto divergente, concluiu pela liceidade da inseminação homóloga, desde que o sêmen fosse colhido após a relação normal ou como tentativa de obter resultados.

A convenção considerou lícita também a inseminação fruto da masturbação do marido, pois o que se tem em vista é a procriação uma das finalidades do matrimônio.

Condenou, porém (também com voto dissidente), 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.

A Igreja Luterana de Paris, a inseminação homóloga "não é contrária aos princípios da teologia protestante, se fosse clinicamente exigida como indispensável à fecundação".

Diante de tão diversas conquistas e opiniões, urge à ciência e aos homens de Direito, com a contribuição das comunidades religiosas e científicas, um trabalho cooperativo.

Embora a tarefa de legislar seja complexa e delicada, o seu exercício exige grandes responsabilidades. Antes de legislar é preciso conhecer e refletir.

A necessidade do conhecimento de uma terminologia adequada, e o acompanhamento pelo homem de direito da evolução das pesquisas científicas, permitir-lhe-á disciplinar a matéria segundo as necessidades reais da sociedade.

Caberá ao jurista oferecer soluções concernentes à situação dos filhos nascidos da inseminação; direitos e deveres paternos e maternos; o reflexo patrimonial da inseminação; as relações sucessivas e de parentesco.

Declarar simplesmente a sua iliceidade por motivos éticos e religiosos, fechando os olhos para os seus reflexos na sociedade atual, sem resguardá-la das inevitáveis distorções, não nos parece uma atitude adequada.

A discussão de princípios de conduta no âmbito familiar, limites de atuação científica, responsabilidades médicas e institucionais, seria um mínimo necessário e imediato para cobrir essas omissões que carecem de uma regulamentação. Cabe, porém, uma indagação: que tipo de regulamentação? Por parte de quem?

No momento em que a sociedade brasileira é convocada a dar a sua contribuição para modificar suas instituições, uma revisão do

Código Civil, levando em consideração a situação real de nosso país, parece-nos prioritário e fundamental. A Constituição de 1988, modificando princípios básicos de Direito de Família, sugere meditação mais profunda nos conceitos jurídico-familiares.

II — CONCEITO DE PATERNIDADE, MATERNIDADE E FILIAÇÃO

Paternidade, Maternidade e Filiação são designações diferentes que, em princípio, se atribuem à relação existente entre o ser humano e aqueles que o conceberam.

Estas relações, porém, sofreram modificações marcantes, nas diversas épocas da civilização. Nesta evolução, porém, um elemento parece ter-se tornado comum: a necessidade de um protetor masculino. *A família sempre se agrupou em torno de um pai.* Isto deu origem a um patronado projetado até os nossos dias, desde os regimes de tipo patriarcal até a concepção democrática e liberal a que se refere *Virgílio de Sá Pereira* em sua *Lições de Direito de Família*.

A. Almeida Junior, em sua obra *Paternidade*, esclarece que PAI é derivado da raiz PA que significa *proteger, amparar, nutrir*, e, não, *gerar*.

Clovis Beviláqua, em sua obra *Direito de Família*, esclarece que o “patriarcado já constituiu uma forma familiar mais consistente e definida. Repousava sobre a autoridade de um chefe despótico, sendo, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e o pontífice do grupo a que presidia”.

Numa pequena análise histórica, lembra *A. Almeida Junior* que os primitivos se desinteressavam de identificar, com freqüência, o produtor da criança.

Para os romanos, por exemplo, *PATER* não era o genitor da criança; era quem governava a família, quem estava investido do pátrio poder, predominando sobre as relações de parentesco a *agnatio*, e não a consangüinidade.

Na *Grécia*, o homem que se casasse com mulher divorciada, grávida do marido anterior, era socialmente o pai do nascituro.

No *sul da África*, quem adquire por compra uma esposa, fica sendo o pai social dos futuros filhos dela, concebidos ou não no casamento.

O conceito social de paternidade não incluía, pois, o elemento biológico, o qual passou a ser fundamental posteriormente.

Conclui *A. Almeida Junior* que “dois principais motivos psicológicos — o *ciúme*, com a exigência da exclusividade, e o *narcisismo* de rever-se no produto — levaram o homem a exigir, como condição para tornar-se pai social, a convicção da paternidade biológica” (*obra citada*, pp. 124/126).

Posteriormente, para não deixar o reconhecimento do vínculo paterno ao arbitrio do genitor, impôs-se transferi-lo para a sociedade.

Estabeleceram inicialmente a relação do nascimento dos filhos com a constância do casamento. Recorreu-se em seguida às presunções.

Pela presunção verifica-se o fato por via indireta; de uma regra geral extrai-se uma conclusão particular. O casamento induz à realização de relações sexuais e indiretamente a paternidade em contraste com a maternidade, revelada por sinais exteriores. Donde a parêmia: *mater semper certa est, pater incertus*.

O nosso sistema jurídico, da mesma forma que a maioria dos sistemas ocidentais, estabelece o princípio de presunção de legitimidade do filho concebido na constância do casamento de seus pais, conforme determina o artigo 377 do Código Civil, proclamando, assim, o conceito romano: "*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*". Pai é o marido.

Esta presunção, porém, é relativa, admitindo prova em contrário, dentro dos limites legais, estabelecidos pelo artigo 340 do Código Civil.

É, porém, presunção absoluta em relação a terceiros, pois é privativa do marido a contestação de legitimidade dos filhos havidos de sua mulher, estabelecida pelo artigo 344 do Código Civil.

Comentando este artigo, *Clovis Beviláqua*, em seu *Código Civil Comentado* (volume I, p. 784 — Editora Rio), ressalva que "a ação para contestar a legitimidade do filho envolve acusação de adultério por parte do marido e não permite a ética jurídica, de modo algum, que ninguém atire esta nódoa à honra da mulher casada, senão o seu marido. Mesmo em caso de incapacidade do marido, a ação não pode ser proposta por outrem. Somente quando o marido, em vida, inicia a ação, é que seus herdeiros poderão continuá-la".

O nosso direito proclama, ainda, a presunção relativa ao tempo máximo e mínimo de gestação. O nascimento nos 180 dias após iniciada a convivência dos pais e nos 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, determinará a situação de legitimidade do filho (art. 338 do Código Penal).

A rigidez destas presunções legais acerca do tempo de gestação torna-se totalmente inadequada diante dos novos progressos científicos, permitindo não só prematuros viáveis, com períodos mínimos de gestação, como tendência natural para gestações mais longas. Vigoram, contudo, como presunções em favor da legitimidade, tendo em vista o que normalmente acontece.

Existe, atualmente, nos sistemas jurídicos mais evoluídos, tendência em recusar o conceito rígido da paternidade, vinculado ao biologismo e às presunções, distinguindo o pai do procriador, e res-

surgindo o conceito do marido na função social de pai, o que desenvolveremos posteriormente ao abordarmos a inseminação heteróloga.

A *maternidade* sempre ligada a fatos aparentes e sinais visíveis, como a gravidez e o parto, sempre partiu de uma premissa real: mãe é aquela que dá a luz à criança: "*mater semper certa est*".

Os indícios da maternidade são evidentes. O vínculo jurídico entre mãe e filho torna-se, em princípio, conhecido, independentemente de qualquer providência de ordem legal, desde que notória a maternidade.

Assim, uma vez constando do termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestar a falsidade do termo ou das declarações contidas, provando-a.

Será privativo da mulher que tomou conhecimento da menção de seu nome no termo de nascimento o direito de contestar.

Se não contestar é porque aceita a maternidade. O artigo 364 do Código Civil não permite a investigação da maternidade quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira.

As novas conquistas vinculadas à inseminação artificial introduziram novas relações vinculadas à maternidade.

A "mãe por procuração" ou o "aluguel do útero", já divulgada no mundo moderno, veio desafiar as regras legais e costumeiras no que concerne à maternidade, exigindo uma revisão imediata desses conceitos.

Caberá ao homem da lei, em face das novas conquistas científicas e diante das relações sociais por elas geradas, reformar idéias tradicionais, abandonando os conceitos legais rígidos; enfrentar os conceitos biológicos de paternidade, maternidade e filiação, não através de presunções, mas tendo em vista as relações com a família e com a sociedade, levando-o a sua integração total como ser humano.

Os conceitos jurídicos relativos à FILIAÇÃO vêm sofrendo reformulações marcantes neste século. Em nosso país, a Constituição de 1988 impõe pensar no assunto e reformular os conceitos. É o que faremos, após desenvolver os princípios vigentes na legislação civil.

A classificação dos filhos em legítimos e ilegítimos era determinada pela legalidade das relações dos pais no tempo da concepção.

A família legítima, constituindo-se pelo casamento, o direito brasileiro adotou o regime das presunções legais desenvolvidas abaixo.

Assim, pelo Código Civil, são filhos legítimos os concebidos na constância do casamento (art. 377 do Código Civil), nascidos 180

dias pelo menos, depois de iniciada a convivência conjugal, e os nascidos nos trezentos dias subseqüentes à sua dissolução (art. 338 do Código Civil).

Apesar da marginalização da *filiação ilegítima*, a sua flagrante existência na sociedade exigiu um ordenamento no mundo jurídico.

O Direito foi admitindo, pouco a pouco, os efeitos da filiação ilegítima.

Carvalho Santos, no *Código Civil Brasileiro Interpretado* (volume V, p. 398), definiu os filhos ilegítimos: "São todos aqueles que descendem do país não ligados entre si por matrimônio ou cujo casamento é nulo e não putativo".

O Decreto n.º 4.737, de 27-9-42, permitiu o reconhecimento, após o desquite, de filhos nascidos fora do casamento.

A Lei n.º 463, de 2-9-47, reconheceu aos filhos espúrios, direitos iguais aos filhos naturais, assistindo-lhes direito hereditário em concurso com os legítimos se reconhecidos mediante escritura pública ou testamento.

A Lei n.º 883, de 21-10-49, permitiu a percepção pelos filhos reconhecidos após a dissolução da sociedade conjugal — a título de amparo social — de metade do quinhão cabente, em herança, ao filho legítimo ou legitimado.

A Lei n.º 6.515, de 26-12-77, estabeleceu que, "qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

A Lei n.º 7.250, de 14-11-84, admitiu o reconhecimento do filho havido, fora do matrimônio, pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

Finalmente, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, veio estabelecer a equiparação de todos os filhos, tanto os legítimos quanto os ilegítimos; tanto os legalmente considerados quanto os espúrios; tanto os adquiridos de relações biológicas quanto os adotivos. O preceito ficou assim redigido: artigo 227, § 6.º: "Os filhos, havidos ou não de relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Diante de tantas reformas equiparando os direitos de todos os filhos, cabe a indagação de qual será a condição do filho nascido de inseminação artificial.

Seja na inseminação homóloga, seja na inseminação heteróloga, o que se tem em vista, em princípio, é a formação de uma família com o consentimento dos cônjuges.

Assim, não haveria porque segregar e classificar os filhos nascidos da inseminação artificial como uma categoria nova, mormente em face da preceituação constitucional.

III — INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Embora a inseminação artificial já seja suficientemente divulgada pela imprensa científica e leiga, vale recordar que se trata de um processo de fecundação sem os pressupostos fisiológicos das relações sexuais (*Fernando Santosuosso, La Fecondazione Artificiale Umana, Medicina Legale, Criminologia e Deontologia Medica*).

Chama-se inseminação homóloga a realizada na mulher casada com o sêmen do marido. Os espermatozóides são introduzidos artificialmente no útero através de um instrumento semelhante a uma seringa de injeção. É a inseminação artificial direta (*G. Carbonni, "Inseminazione Artificiale e Delitto di Adulterio"*, em "*Rivista di Diritto Matrimoniale*", 1965, p. 349).

Com a conquista da concepção extra-uterina, novas chances surgiram para os casais geralmente portadores de anomalias físicas. A fecundação é feita em laboratório e o embrião é introduzido no útero da mulher para seu desenvolvimento normal após a preparação orgânico-hormonal. É "o bebê de proveta", já conhecido dos médicos brasileiros, e universalmente divulgado.

Esta forma de inseminação artificial tem tido maior aceitação pelos diversos sistemas jurídicos.

Artur de Castilho Neto, em um artigo publicado na "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça", "Inseminação Artificial Humana", faz uma análise da sua receptividade nos diversos sistemas jurídicos.

Os doutrinadores ingleses consideram que a filiação resultante da inseminação homóloga é legítima.

O Direito Francês não contém legislação específica com a alegação de que não é suficientemente difundida para justificar uma regulamentação pelo Código Civil. Os doutrinadores da comissão encarregada da reforma do Código Civil propuseram, apenas, que fosse reconhecido o direito do marido de repudiar o filho e sua mulher no caso de fornecer prova de que a criança resultou de inseminação artificial homóloga (ou heteróloga) não consentida.

O Direito americano, norueguês, sueco e dinamarquês permite a inseminação homóloga e heteróloga.

No Brasil, o Código de Ética Médica aprovado pelo Conselho Federal de Medicina de 1965 permitiu a inseminação homóloga "desde que seja praticada com o consentimento expresso dos cônjuges" (*Artur de Castilho Neto, obra citada, p. 64*).

Esta forma de inseminação mais freqüente e mais simples não se torna geradora de grandes problemas de natureza jurídica.

O elemento "consentimento" é básico na sua caracterização. Se a inseminação é feita com o sêmen do marido com o consentimento de ambos, não existe dúvida quanto à situação deste filho. Este consentimento significa a manifesta vontade da esposa em ser inseminada por meios artificiais e a real contribuição do marido com seu sêmen, com o objetivo comum da geração de um filho.

Dentro dos princípios biológicos da concepção a situação de legitimidade deste filho é incontestável. Embora não exista aí o pressuposto fundamental da coabitação, não há porque negar a sua legitimidade. Após a Constituição de 1988 nem caberia sua discriminação relativamente aos filhos gerados pelo processo normal de coabitação.

Marco Aurélio S. Viana (obra citada, p. 245) considera que a "inseminação homóloga, nas devidas proporções, é 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 ninguém, mas, antes, dignifica. A paternidade é real pois o sêmen é do marido, havendo participação científica do médico para vencer o óbice existente".

O tempo de concepção não deverá alterar a condição do filho assim gerado. A possibilidade de se fecundar a esposa com o sêmen congelado do marido falecido ou ausente, sendo esta a intenção manifesta dos cônjuges, não há porque dar tratamento diverso à situação deste filho. Recentemente, um tribunal francês reconheceu o direito de *Corinne Parpalaix* de ser inseminada com o sêmen congelado de seu marido morto. Esta criança que veio a nascer deverá ser registrada como filha do casal, sendo-lhe assegurados inclusive os direitos sucessórios.

É óbvio que, encarado o fato sob o aspecto puramente biológico, não pode haver dúvida quanto ao fenômeno da filiação em termos da pura consangüinidade.

Juridicamente, entretanto, a aceitação da tese tal como exposta acima enfrenta idéias tradicionais e milenarmente consagradas. De certo modo, o jurista moderno tem de enfrentar algum pré-juízo residual.

Para se afirmar a paternidade do filho nestas condições é preciso fazer abstração de que, ao anunciar a presunção de legitimidade decorrente do casamento (art. 337, do Código Civil), o legislador assentou como pressuposto, uma outra presunção, segundo a qual a vida conjugal se completa com as relações sexuais. Na verdade, a presunção *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant* baseia-se,

a bem dizer, em outra presunção que é a coabitação dos cônjuges. Em confirmação deste jogo de presunções é que se baseia a faculdade atribuída ao pai de contestar a legitimidade do filho havido de sua mulher. Hoje, após a Constituição de 1988, não mais se cogitaria de ação de "contestação de legitimidade", e sim de "contestação de paternidade".

O filho nasce do casamento, mas o pai contesta a paternidade, provando a impossibilidade física ou moral da coabitação.

No caso da inseminação homóloga, ocorre o fenômeno fisiológico do nascimento, mas é afastada radicalmente a idéia de coabitação física. Este, sem dúvida, é obstáculo ponderável a que se apega quem recusa a paternidade do filho concebido artificialmente. A ação teria âmbito mais amplo, mas, em contraposição, o marido enfrentaria problema probatório muito mais difícil, pois, além de demonstrar a ausência de coabitação, haveria ainda de evidenciar a de fecundação artificial.

Deve prevalecer, porém, sobre este jogo de idéias, princípios e presunções, a real intenção daqueles que geraram o novo ente, transmitindo-lhe, com a vida, os seus caracteres genéticos. Deve prevalecer, sobretudo, a idéia de que o nascimento deste filho poderá representar um fator indispensável à harmonia do casal, e, conseqüentemente, à estabilidade familiar, comprometida muitas vezes pela impossibilidade de não ter filhos. E não contraria o conceito científico de hereditariedade biológica.

IV — INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Ao contrário da inseminação homóloga, a inseminação hêteróloga tem encontrado sérias barreiras de natureza moral, religiosa e jurídica.

Consiste na utilização do sêmen de um doador estranho à relação matrimonial.

Esta forma de inseminação exige sérios cuidados, tais como o preparo psicológico do casal para sua prática, a seleção rígida do doador através de vários exames, o desconhecimento de quem seja o doador pelo casal interessado, a fim de preservar o anonimato da origem genética. E, num outro plano, o problema da rejeição por um dos cônjuges, ou mesmo por ambos, mormente se ocorrer, posteriormente ao seu nascimento, a concepção de outro filho, oriundo de coabitação normal.

No caso de oligospermia do marido, ou seja, insuficiência percentual de espermatozóides na sua ejaculação, tem-se usado a "mistura bisseminal" do sêmen do doador o que não permite elucidar a origem seminal da criança, impossibilitando assim quaisquer objeções jurídicas.

Embora a inseminação heteróloga já seja amplamente utilizada, existe ainda um verdadeiro tabu no que se refere à sua regulamentação, tendendo preferencialmente para uma proibição.

O art. 53 do Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, admite a inseminação homóloga com o consentimento do marido, mas *proíbe expressamente a inseminação heteróloga*.

O Código Penal de 1969, no seu art. 267, considera crime "permitir à mulher casada a própria fecundação por meio artificial com o sêmen de outro homem sem que consinta o marido". Este código, porém, não entrou em vigor, da mesma forma que a proibição.

Efetivamente, é tempo de se enfrentar esta realidade como fato irreversível exigindo, então, um ordenamento definitivo.

A inseminação artificial heteróloga ganhou grande desenvolvimento nos Estados Unidos a partir de 1960, elevando-se a mais de 250.000 nascimentos.

Não obstante isto, o direito vem aceitando com dificuldade esta prática.

O Código Civil português com a nova redação do art. 1839 n.º 3 proíbe ao cônjuge, que consentiu na inseminação artificial heteróloga da mulher, o exercício posterior do direito de impugnar a sua paternidade.

Esta norma portuguesa introduz uma exceção ao biologismo que inspirou o Código de 1977, e representa uma iniciativa importante para a regulamentação da matéria.

Apesar de tratar-se de um processo de segredo institucional, os noticiários informam o nascimento de duas mil crianças nascidas por ano na França e dez mil nos EUA.

Os conceitos de paternidade e de filiação, vinculados até então aos princípios consolidados da descendência biológica, exigem uma urgente revisão.

Em sua tese de doutoramento pela Universidade de Coimbra, *Guilherme de Oliveira*, nos seus estudos sobre "Critério Jurídico da Paternidade", sugere um novo "critério sociologista da paternidade". Numa análise do limite ao direito de impugnar a paternidade do marido que consentiu na inseminação artificial, examina com profundidade os diversos âmbitos do conceito de paternidade. Segundo ele "é indispensável reconhecer que, por detrás do meio técnico, existe uma justificação da natureza familiar e social que constitui a verdadeira razão da norma".

Deve haver uma adesão voluntária do marido ao projeto familiar da investidura do estatuto da paternidade mesmo excluindo a sua co-

laboração biológica no nascimento do filho. Exige-se, de um lado, o compromisso firme do *Pater* e, de outro, a omissão do *Genitor*.

“É nesta separação entre o pai e o procriador, dolorosa na cultura ocidental e exigindo dos cônjuges um compromisso firme, que se encontra o motivo pelo qual se julga contrário à boa fé e abusivo — o exercício da impugnação por quem aceitara a investidura do marido na função social de pai” (Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*).

Uma vez realizada a inseminação com o consentimento de ambos os cônjuges, cabe indagar sobre a situação da criança por inseminação artificial heteróloga.

A jurisprudência internacional tem reconhecido o dever de alimentos e os direitos de visitar aos filhos concebidos por inseminação artificial heteróloga.

O próximo passo será o reconhecimento da situação de filho, a criança concebida desta forma.

Em 1968, o Supremo Tribunal da Califórnia, decidindo o caso conhecido como “*People V. Srensen*”, determinou que a palavra “pai” usada no texto não se limitava a significar o pai biológico, mas abrangia o pai legal, isto é, o marido que consentia na inseminação heteróloga. E acrescentou que o consentimento era irreversível: “quem consente na produção de um filho não pode criar uma relação temporária que ora se mantenha ora se destrua à vontade”.

Esta decisão, transcrita por Guilherme de Oliveira, no citado artigo, determinou então que o consentimento do marido valerá a assunção do *status* de pai legítimo para todos os efeitos.

Conclui Guilherme de Oliveira que, enquanto “os países anglo-saxônicos e da sua área de influência concordam na limitação do direito de impugnar o estado de filho, com base na idéia de que o marido, ao consentir na inseminação artificial heteróloga, assume o papel de “pai social” juridicamente relevante e irrevogável, os sistemas latinos evoluem no sentido do biologismo, confortados pelos progressos da tecnologia genética”.

Atualmente nos EUA, 25 Estados possuem estatuto ordenando os “*AID BABIES*” (*Artificial insemination by donor*), reconhecendo-se como filhos legítimos da sua mãe e seu marido, desde que se prove o consentimento deste último.

A nosso ver, porém, não cabe a classificação dos filhos concebidos por inseminação heteróloga como “filhos adotivos de categoria especial”, como querem alguns doutrinadores. Seria distingui-los na sociedade, quando, na família, os laços afetivos que os unem a seus pais são os mesmos de um filho concebido biologicamente.

Por outro lado, deve-se exigir o cuidado do sigilo absoluto em relação à criança que não tem necessidade de saber de sua origem.

Igual sigilo acobertado pelo compromisso médico deve envolver todo o procedimento até o seu desfecho. Igual silêncio deverá abranger a identificação do pai genético.

Conseqüentemente, não há porque atribuir ao doador a qualidade de pai. Recentemente, na Austrália, entrou em vigor uma lei que nega o direito à paternidade a um homem cujo esperma foi utilizado para inseminação artificial.

Também na Austrália é fato recente o nascimento de uma criança de uma mulher estéril cujo útero foi preparado através de administração de hormônios capazes de reproduzir o estado de gravidez, tendo sido inseminado por óvulo de outra mulher, fecundado com o sêmen de seu marido. Mesmo neste caso, em que a inseminação teve como contribuição o óvulo de uma mulher estranha ao casal, o que se deve ter em vista é o "consentimento", e a concordância dos cônjuges visando a um projeto familiar. Não há por que não considerar legítimo este filho.

Seriam exaustivos os relatos de várias outras conquistas nesta área. O importante é, sem dúvida, a realidade dos fatos. A inseminação heteróloga com as mais diversas alternativas de reprodução vem sendo feita nos centros médicos de todo o mundo.

Wanderby Lacerda Panasco, em sua obra *A responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, pág. 314, enumera as condições para a realização da inseminação artificial:

- “1 — Estabelecer com o máximo critério, os planos da inseminação após examinar, de forma categórica, a impossibilidade de fertilizar através da conjunção carnal, ou mesmo pela impossibilidade motivada pela azoospermia.
- 2 — Procurar encontrar, na forma conciliatória do desajuste da prole, uma condição que, pelo menos, não venha interferir em hostilidade para com a criança que vai nascer.
- 3 — Procurar encarar as condições congênitas ou adquiridas que lhes trouxeram uma insuficiência funcional, como motivadoras da esterilidade, impossível de ser controlada, ou melhor, irreversível.
- 4 — Aceitar, de maneira plena, que o filho é uma forma concebida para a ausência ou para suplementar uma omissão no lar, onde, embora ambos os cônjuges anseiem e se preocupem, há inexistência de prole.
- 5 — Encontrar os meios, suficientemente capazes, de aceitar, em plena concordância de espírito, o fato de a mulher se submeter a tal procedimento.

- 6 — Um filho adotivo ou concebido de uma inseminação artificial é tão merecedor de respeito e consideração como qualquer outro ser humano, e como tal merece a estima, o respeito e a dedicação, sejam quais forem os meios que lhe determinarem o nascimento.
- 7 — Sempre que possível, dar ao ato uma condição de segredo absoluto para evitar que a criança, no futuro, possa ter dissabores e racionalizar a própria origem, embora tal condição possa criar angústia aos cônjuges.
- 8 — Embora a presença da criança possa intervir para trazer um sentimento de inferioridade ao marido, este fato pode ser ultrapassado pelo carinho e compreensão daqueles que compreendem uma responsabilidade

Homóloga ou heteróloga a inseminação, sendo ela consentida, não há porque recusá-la a um casal que busca por seu intermédio a formação de uma família, da mesma forma que não se pode considerar ilegítimo este filho nascido desta forma.

Por outro lado, a inseminação, realizada em mulher solteira, que não viva em concubinato, não permitirá ao doador qualquer direito relativo à paternidade.

Diante de tantas nuances do problema, urge uma regulamentação legal da matéria, proporcionando aos casais estéreis a oportunidade de uma realização familiar.

V — A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E O DIREITO PENAL

Perante o Direito Positivo, a prática da inseminação artificial, homóloga ou heteróloga, em si mesma, não integra nenhum delito, sendo acontecimento isento de censura penal.

Porém, pelo projeto de Código Penal de 1969 — (que não entrou em vigor), a inseminação artificial heteróloga foi caracterizada como crime.

Estabelece o art. 267 do Projeto:

“Permitir a mulher casada a própria fecundação por meio artificial com o sêmen de outro homem, sem que o consinta o marido”.

O crime está incluído no capítulo relativo aos “Crimes contra o estado de filiação”.

Este projeto, com toda razão, considera a família como núcleo primário e fundamental da sociedade, representando o repositório

do nascimento, formação, educação e orientação dos cidadãos que integram a sociedade.

Criou, então, figuras penais não previstas no código ainda vigente. Apresentou um título específico de "Crime contra a família", e neste incluiu capítulos envolventes de crimes contra o casamento, contra o estado de filiação, contra a assistência familiar e contra o pátrio poder, tutela e curatela.

Na interpretação do referido artigo, a inseminação artificial homóloga é permitida.

O crime se configura, apenas, no caso de inseminação heteróloga sem o consentimento do marido.

Determina o parágrafo único do mesmo artigo que, no caso de crime de hétero-inseminação não consentida, só se procede mediante queixa (ação penal privada) sem determinar expressamente o titular desta ação.

A nosso ver, caberá somente ao cônjuge lesado pelo não consentimento a iniciativa da queixa de que trata o parágrafo único.

Como o sistema legislativo vigente não apresenta este delito, não há como caracterizá-lo criminalmente.

Outro problema tem surgido na inseminação heteróloga quanto ao registro, alegando-se crime de falsidade ideológica prevista no art. 299 do C.P. de quem registra a criança.

A nosso ver, torna-se premente a regulamentação da inseminação, atingindo, inclusive, a questão relativa ao registro.

Tem o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Estaduais entendido que o assentamento do registro de filiação, se não eivado de dolo ou culpa, não é penalmente incriminável (*Artur de Castilho Neto, obra citada, p. 73*)

Se a intenção daquele que registra é proteger, e não, prejudicar, não há porque punir.

Resta indagar, no entanto, se existe em relação à inseminação a caracterização da responsabilidade penal.

Efetivamente, a responsabilidade não é somente civil ligada à idéia de ressarcimento, mas a caracterização, dos delitos dependerá ainda de uma profunda avaliação das pesquisas e dos limites de sua aplicação.

Finalmente, cabe aqui uma observação relativa à caracterização ou não do adultério no caso de inseminação artificial heteróloga não consentida.

O crime de adultério tem sofrido um esvaziamento nos sistemas jurídicos atuais e a tendência é, sem dúvida, a descaracterização do adultério como delito.

No item relativo à inseminação no direito civil procuraremos demonstrar que tal ato se caracteriza mais como uma injúria grave ao outro cônjuge, não representando uma violação de fidelidade conjugal, caracterizadora do adultério, que pressupõe o comércio sexual propriamente dito, ou o ato consumado (*Pontes de Miranda. Tratado de Direito de Família*, § 43; *De Page. Traité*, I, n.º 859).

Não nos parece aplicar à inseminação artificial qualquer configuração criminosa.

Manoel Pedro Pimentel procura descaracterizá-la como ilícito penal. Sugere ele:

“Basta considerar as hipóteses em que se poderia suspeitar de crime. A primeira delas seria a figura típica do art. 213 do Código Penal: ESTUPRO. Falta a conjunção carnal que a lei exige para a configuração do delito. Esta conjunção carnal é elementar. Dispensável é, justamente, a *immissio seminis*. Portanto, a presença do elemento apenas acidental não caracteriza a infração.

Poder-se-ia falar em crime de *constrangimento ilegal* (previsto no art. 146), mas a coação seria punida em si mesma e não em razão do fim atingido, não se incluindo, assim, no rol dos crimes contra os costumes” (“A inseminação artificial perante o Direito Penal”, in “Revista dos Tribunais”, vol. 315, pág. 346).

O mesmo autor exclui, finalmente, o crime de ultraje público ao pudor, na forma do art. 233 do Código Penal, ou seja, *ato obsceno*.

“Como qualquer outro fato de caráter sexual, desde que venha ser praticado com fito obsceno, incorrerá na sansão penal aludida. Mas não será especificamente ato obsceno, na essência, ou por si mesmo. Portanto, não é criminosa a prática. Incorrerá o agente na sanção penal se houver intenção diversa daquela a que cientificamente a preside” (*obra citada*, p. 347).

O homem do direito deve, porém, estar atento aos desvios da sua utilização. O emprego do embrião humano para fins industriais (ex.: confecção de produtos cosméticos), a proliferação das técnicas modificando os princípios genéticos e a aplicação dela para fins de pesquisa eugênica devem ser cuidadosamente analisados, e, finalmente, criadas figuras típicas penais a fim de coibir a sua proliferação, permitindo um maior desenvolvimento no objetivo de ajudar ao homem.

VI — A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E O DIREITO CIVIL

No campo do Direito Civil, os problemas jurídicos relativos à inseminação artificial são abundantes.

Já analisamos as conseqüências quanto à condição dos filhos dela nascidos. Optamos pela sua legitimidade em ambos os tipos de

inseminação desde que consentida pelos cônjuges, qualificação que perdeu interesse, face ao art. 227 § 6.º da Constituição de 1988.

6.1 — *A inseminação artificial no caso de separação e divórcio*

Trata-se de questão já enfrentada com relativa segurança pelos nossos tribunais. O consentimento anterior à separação que permitiu a inseminação é que vai direcionar o problema, estabelecendo a condição de filho.

Assim, na Separação ou no Divórcio dos cônjuges, os deveres em relação aos filhos concebidos artificialmente são idênticos a quaisquer genitores nestas condições.

Desde 1967, os tribunais americanos têm julgado de forma pacífica que, ao consentir a inseminação, o pai considerou o filho legítimo, criando, conseqüentemente, o amparo legal da criança na vigência da sociedade conjugal (*Wanderby Lacerda Panasco, obra citada*, p. 310).

As decisões mais numerosas entre nós, embora não muito frequentes, concluem pela caracterização de injúria grave as duas hipóteses, a saber: inseminação efetuada pela mulher sem a anuência do marido do mesmo modo que a provocada pelo marido, sem o acordo da mulher, mas com a conviência do médico.

Sentindo-se ofendido por este procedimento desleal do cônjuge, pode o outro invocar dispositivo legal justificativo da separação ou do divórcio fundado em grave violação dos deveres matrimoniais ou ato que torne insuportável a vida comum.

Caio Mario da Silva Pereira, em suas *Instituições*, volume V, p. 148, analisa a questão relativa ao adultério. Considera ele não constituir adultério a inseminação artificial praticada contra a vontade ou ignorância do marido, qualificando-se como injúria o fato alegado. Segundo ele, “igualmente injurioso à mulher é o procedimento do marido que lhe provoque a gravidez por este processo contra a vontade dela, ou lhe ocultando este propósito”. Conclui, finalmente: “deve-se pender para a negativa de adultério, dada a ausência do elemento material de cópula”. Desloca-se, portanto, para a injúria ou comportamento que representa grave violação dos deveres conjugais (Lei n.º 6.515, de 1977 — art. 5.º).

6.2 *A responsabilidade civil na inseminação artificial*

É de amplo aspecto a questão da responsabilidade civil no que se refere à inseminação artificial.

A responsabilidade civil do médico aparece em primeiro plano, vindo em seguida a do doador (marido ou não), a da donatária (es-

posa ou simplesmente mãe-de-aluguel) e, finalmente, responsabilidade das instituições ou hospitais onde se processa o fenômeno.

A responsabilidade médica de natureza delitual foi durante algum tempo condenada pela jurisprudência brasileira e estrangeira.

Esta concepção hoje se fixa em dois pólos: uns autores, com base no artigo 1.545 do Código Civil, consideram-na uma responsabilidade contratual, e outros como responsabilidade extracontratual.

Clóvis Beviláqua comentando o artigo 1.545 do Código Civil, estabelece que: "a responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo por atos profissionais, que produzam morte, inabilitação para o trabalho ou ferimento, funda-se em culpa: e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser um dano, um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis que lhes confiam no pressuposto de que o zelem. Esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la honesta e cuidadosamente é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações" (*Comentários ao Código Civil*, volume 2.º).

José Aguiar Dias caracteriza como contratual a responsabilidade médica "não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos" (*Da Responsabilidade Civil*).

Complementa *Aguiar Dias* que "o fato de considerar como *contratual* a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional". Conclui ele que os tribunais franceses têm declarado que a responsabilidade do médico é contratual não só quando presta serviço remunerado, mas ainda quando sua assistência é ato de pura cortesia.

O mesmo autor considera *delitual* a ação quando, na ausência de qualquer contrato, o médico age com imperícia ou negligência no tratamento ou o recusa a pessoa em perigo iminente. Todavia, o caráter delitual da responsabilidade não impede a invocação das regras contratuais.

O fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa.

"O objeto do contrato médico não é a cura, mas a prestação de cuidados conscienciosos atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência" (*José Aguiar Dias, obra citada*, pp. 257/8). "Não pode assegurar o médico um determinado resultado".

“O médico está obrigado, porém, a nada ocultar ao paciente, quanto aos riscos do tratamento ou da intervenção. Por outro lado, a ciência médica lhe aconselha a levar em conta o estado psíquico do cliente, e a prática informa que, muitas vezes, nem é possível, em face da ignorância técnica do doente, mostrar-lhe tais instruções” (José Aguiar Dias, obra citada, p. 259).

Para proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação, deve o médico obter o consentimento do cliente e não só o consentimento, mas aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos e perigos (José Aguiar Dias, obra citada, p. 262).

No caso da inseminação artificial, exigem-se cuidados médicos mais complexos.

Entre os elementos para avaliar a responsabilidade profissional, destaca *Wanderby L. Panasco*:

“1 — Como ato de medicina, só pode ser realizada por médico legalmente autorizado, com suficiente prática, conhecimento da matéria, condições de saber selecionar o doador e impor sua segurança aos cônjuges.

2 — Procurar mostrar as deficiências técnicas do processo, observando que alguns autores chegam a citar um enorme percentual de fracassos na escala de 55 a 90%. Apreciar o fato de que mesmo no encaminhamento de todo o critério seletivo não se pode antever uma anomalia congênita motivada por um desajuste embrionário eventual.

3 — Desde que o médico é quem seleciona o doador numa inseminação heteróloga, sua decisão enfeixa uma profunda responsabilidade e deve, além de tudo, manter o sigilo do doador, cuja identidade ninguém deve conhecer.

4 — O consentimento erradica a decisão arbitrária do médico e o abstrai das alegações jurídicas. Deve ser sempre por escrito e assinado pelos cônjuges. Embora o ato mantenha um vínculo de profunda privacidade, é sugerida a assinatura de testemunhas para a maior segurança” (obra citada, p. 316).

O consentimento, porém, não libera o médico da responsabilidade. O consentimento de ambos os cônjuges libera o médico de responsabilidade civil, salvo se causar dano à mulher, por culpa na realização do próprio ato ou da inobservância das cautelas adiante mencionadas.

A operação deve ser precedida por uma profunda pesquisa para determinar porque a concepção dos cônjuges não se realiza de modo convencional.

O exame detalhado nos cônjuges determinará a causa primária da infertilidade.

A partir daí, estará o médico em condições de utilizar seus recursos para a inseminação.

A seleção do doador é outro cuidado importante, incluindo todos os testes possíveis, como até mesmo o estudo dos cromossomas para estabelecer um plano de ação que impossibilite, se possível, um defeito genético (*Wanderby L. Panasco, obra citada, pp. 317/18*).

Na seleção do doador, *Augusto Leon C.* sugere alguns cuidados:

“1 — O doador deve gozar de excelente saúde, em particular livre de doenças infecto-contagiosas.

2 — O doador deve ser um sujeito de elevada inteligência.

3 — Não deve ser nunca parente dos cônjuges.

4 — Não deve existir no doador casos de doenças hereditárias. São preferíveis homens casados, com filhos, sempre que a esposa do doador estiver de acordo.

5 — A conta espermática deve ser normal.

6 — Deve identificar-se o grupo sangüíneo ante a eventualidade de que a mãe seja RH negativo.

7 — A raça deve ser similar enquanto possível: doador e donatário; os traços físicos devem coincidir, embora isto não seja indispensável” (*Ética em Medicina, p. 311*).

Ao ser solicitada a atuação do médico, estabelece-se um vínculo contratual com o doador ou com ambos os interessados. Daí surge, como esclarece *Aguiar Dias*, a obrigação de observar as normas disciplinadoras de sua profissão e uma prestação de cuidados conscienciosos e atentos.

O processo de inseminação não se encerra com o simples fato de inserir na donatária o sêmen do doador, porém, envolve cuidados que precedem ao ato, cautelas no momento mesmo da inseminação e, ainda, assistência à donatária relativamente à viabilidade do embrião, como, ainda, por todo o período até o nascimento da criança.

Não se exige, portanto, o médico de responder perante os interessados com a alegação de que observou a mais rigorosa técnica no momento de executá-la.

Se algum insucesso eventualmente ocorrer no período subsequente, a responsabilidade do médico subsiste, salvo, evidentemente, se ocorrer algum incidente ou acidente em virtude de que se venha a frustrar o desejado resultado.

Cabe, ainda, ao médico a mais rigorosa assepsia de modo a evitar as chamadas "infecções hospitalares", ainda que não importe em perecimento do feto. Uma infecção que atinja a donatária devido à ausência de cuidados levados ao extremo pode ser carregada à responsabilidade do médico.

Sob outro aspecto é de se considerar a obrigação imposta ao médico de guardar rigoroso sigilo. Não é apenas o "sigilo profissional" a que está ele sujeito normalmente. Deve estar subordinado a um sigilo mais rigoroso porque está em jogo não apenas o interesse do coador e da donatária. Problemas ligados à vinculação jurídica do filho podem ser enormemente agravados com repercussão no ambiente familiar dos interessados, como ainda percutir no direito eventual à sucessão dos mesmos.

A responsabilidade hospitalar, ligada à médica, é outro fator importante na inseminação artificial.

Há tendência no meio hospitalar da diluição da responsabilidade. Não há, porém, que distinguir a responsabilidade médica no consultório ou no hospital.

Wanderby Lacerda Panasco nos informa a mudança da jurisprudência quanto à fixação do limite dessas responsabilidades.

Anteriormente, determinava-se aos hospitais e aos chefes de equipe a responsabilidade maior quanto à culpa advinda dos seus auxiliares.

Com a tendência moderna da especialização e o exercício legal da medicina caracterizado pela autorização dada ao médico pelo Estado, houve mudança na caracterização da responsabilidade do hospital pelos atos médicos.

A fiscalização mantém-se obrigatória à instituição hospitalar, cabendo à direção do hospital responsabilidade sobre atos danosos a terceiros.

Quanto à enfermagem, a responsabilidade adquiriu as mesmas características da responsabilidade médica, uma vez tratar-se hoje de especialização de nível superior. Deixou de ter a posição secundária anterior quando, em razão de sua atuação numa equipe, cabia ao chefe o ônus da culpa.

No caso da inseminação artificial, trata-se de operação que envolve prioritariamente a responsabilidade específica da equipe médica. Porém não se podem excluir as atribuições do hospital na fiscalização e fixação dos limites de atuação nesta área.

Assim, quando damos notícia de que um hospital vendeu embriões humanos para confecção de produtos de beleza, não há porque excluir da instituição hospitalar esta responsabilidade.

Finalmente, está ligado também às atribuições dos hospitais o controle da infecção hospitalar, o grande problema do nosso século. Esta responsabilidade não pode ser restrita ao médico especialista. Há de se estender ao hospital que responde pela limpeza das dependências, lavagem da rouparia, desinfecção dos instrumentos e alimentação para doentes, médicos e funcionários.

A responsabilidade do doador se vincula a vários aspectos, distinguindo-se dois, a saber:

Inicialmente a questão relativa ao sigilo no caso de ser o doador um terceiro. Não deverá ele saber a quem foi doado o seu sêmen e, no caso de sabê-lo, cabe-lhe a obrigação de total silêncio. Jamais poderá alegar a paternidade em relação a uma criança nascida com a sua contribuição.

Por outro lado, não pode o doador omitir (o marido ou terceiro) doenças ou problemas congênitos que possam atribuir ao novo ser humano um defeito irreversível.

Estes cuidados deverá ter também a donatária do óvulo a ser fertilizado.

Quando uma mulher "contrata" o aluguel do seu útero, permitindo a gestação de um embrião fecundado *in vitro*, uma nuance de cuidados deve ser considerada os quais serão analisados no título próprio.

Por outro lado, em caso de gestação realizada na mãe-de-aluguel por solicitação de um casal, este não pode recusar a criança assim gerada uma vez que, na maioria das vezes, a mãe-de-aluguel não teria recursos para a criação do filho.

Não obstante, se houver recusa no recebimento, poderá a mãe-de-aluguel enjeitar também o filho e, desta sorte, será este uma espécie de "menor abandonado", muito embora inicialmente tudo tenha sido encaminhado no sentido de sua concepção. Caberá ao jurista fixar os limites das respectivas responsabilidades.

A responsabilidade civil do casal que promoveu a inseminação artificial pode ainda assumir uma enorme gama de hipóteses como seja a cessação da vida conjugal pela morte de um dos cônjuges, ou a dissolução do casamento conforme desenvolvido no item próprio.

Em resumo, a matéria exige pronunciamento legislativo, tendo em vista que o princípio da responsabilidade civil em nosso Direito é genericamente estabelecido com fundamento na culpa nos termos do artigo 159 do Código Civil.

Se por um lado o conceito de culpa pode abranger numerosas situações, por outro lado a sua comprovação pode encontrar dificuldade.

6.3 A mãe-de-aluguel e suas conseqüências

A expressão "mãe-de-aluguel" ou "mãe por procuração" é uma forma simplista de denominar as mulheres que se propõem a engravidar no lugar de outras que não podem conceber ou manter a gestação por uma qualquer razão. Consiste no "aluguel do útero" de uma mulher que recebe o óvulo fecundado ou se submete à fecundação pelo espermatozóide do pretense pai e, após o nascimento da criança, entrega-a ao casal impossibilitado de tê-lo fisiologicamente, ou disto a encarregou por qualquer motivo. Esta prática possibilitou a partir do final dos anos 70, nos Estados Unidos, o nascimento de mais de uma centena de crianças e já existem por detrás dela interesses financeiros os mais diversos, chegando a se tornar um negócio lucrativo.

É curioso referir como surgiu nos Estados Unidos a figura da mãe-de-aluguel (*surrogate mother*). Em determinado dia, uma senhora, que preferiu permanecer no anonimato, leu em um jornal de *New Jersey*, anúncio publicado por um casal que oferecia o pagamento de 10.000 dólares, além das despesas, a uma mulher que se propusesse a participar de concepção por inseminação artificial. Este anúncio encontrou acolhida e deu início a esta prática, a princípio estranha, mas que gerou atividade largamente exercida.

Na França, as associações ANIAS (Associação das Mães de Substituição), em Paris, e o CEFER (Centro de Estudos da Reprodução), em Marselha, foram fundadas para promover o "empréstimo de útero", visando assistência técnica, financeira e jurídica às pessoas interessadas nestes recursos técnicos que permitem a mulheres de má formação uterina ou de histerectomia total obterem seus bebês. As *mères de location* já se tornaram uma realidade incontestável.

A maternidade de aluguel pode se dar de duas formas. No primeiro caso, a "mãe por procuração" recebe um óvulo que foi fecundado em outra mulher que por alguma razão não consegue manter a gestação.

Outra hipótese ocorre quando a mulher não pode conceber. Neste caso, o sêmen do marido é retirado para fecundar a mãe-de-aluguel. A fertilização *in vitro* permitiu com maior freqüência esta prática.

Seja qual for o caso, é feito um contrato pelo qual a “mãe-de-aluguel” se compromete a entregar o bebê após o parto. Há geralmente a intermediação de uma agência ou instituição que faz os contratos entre as partes e os médicos. A questão que interessa principalmente é a “legalidade” deste contrato e fixação de direitos e deveres das partes.

Diante desta revolução no comportamento humano caberá ao legislador a resposta a difíceis indagações éticas e legais.

Vários problemas têm surgido, a saber:

- Recusa da mãe-de-aluguel em entregar o bebê após o nascimento.
- Recusa do casal em receber o bebê em razão de anomalias físicas.
- Recusa do casal em receber o bebê por ter dúvidas sobre a paternidade.
- Acidentes no hospital causando anomalias ao bebê ou à mãe-de-aluguel.
- Responsabilidade dos médicos e agentes.

Na falta de ordenamento desta prática têm as agências e instituições estabelecido suas próprias regras para solução destes e outros conflitos.

Uma das questões mais controversas é a comprovação da paternidade após o nascimento do bebê. As agências têm incluído no contrato a proibição da “mãe-de-aluguel” ter relações sexuais durante seis meses após a sua assinatura. Em seguida ao nascimento é feito um exame de sangue para comprovar a paternidade.

O aspecto negocial do “aluguel do útero” é outro problema que exige maiores cuidados. A estrutura empresarial, que vem tendo esta atividade, tem levado ao questionamento de aspectos éticos. Indaga-se se é lícito receber dinheiro para gerar filhos para terceiros da mesma forma que se questiona da moralidade de se pagar para ter um filho.

Nos países em que esta prática é mais intensa, os governos tendem à proibição deste método. A França, Inglaterra e Suécia têm sugerido a proibição desta atividade, tendo em vista as questões surgidas e os conflitos dela decorrentes. Na Suécia, a comissão oficial, que recomendou a proibição, concluiu por preferir a fecundação *in vitro* sem a participação humana, evitando assim as impugnações de paternidade.

Nos Estados Unidos, o assunto é tratado com cautela, embora agências funcionem para fazer o contrato entre os interessados. Não existe, porém, nenhum estatuto regulamentando a comercialização da gravidez tratada com certa ambigüidade.

Efetivamente, não acreditamos que a solução seja a proibição. Um ordenamento efetivo permitirá a legalização destas instituições, com rígido controle, e fixando limites das responsabilidades das partes contratantes e interessadas.

6.4 Os problemas sucessórios na inseminação artificial

O direito brasileiro reconhece ao nascituro, se vier a nascer com vida, os direitos hereditários, ainda que o nascimento ocorra após a morte do pai, bem como a condição de filho legítimo, na forma do artigo 338 n.º II, se nascer até 300 dias após o falecimento, concedendo-lhe inclusive os direitos sucessórios.

Com a possibilidade de congelamento do sêmen e de embriões, sendo feita a inseminação *post-mortem*, cabe a indagação dos direitos sucessórios desta criança.

Além do caso de *Corinne Parpalaix*, divulgado pela imprensa, em que o tribunal francês reconheceu à viúva o direito de ser inseminada com o sêmen congelado de seu marido morto, na Inglaterra, *Kim Casali* deu à luz uma criança, onze meses após a morte de seu marido, através de inseminação feita com o sêmen do falecido depositado num banco de esperma em Londres.

No caso de inseminação realizada após a morte do pai, não há porque recusar à criança a situação de filho, desde que fique evidente a intenção do casal quando vivo o marido.

Um testamento prevendo o direito à herança para um filho, que venha a nascer da inseminação feita *post-mortem*, deixaria mais clara ainda esta intenção, embora, na inexistência dele, não se exclua a possibilidade de direitos sucessórios daquele que vier a nascer.

Outro caso original trouxe nova indagação sobre este tema: o casal *Rios*, chileno, após ter deixado no Centro Médico de *Melbourne*, na Austrália, embriões congelados para uma posterior tentativa de gravidez, veio a falecer num acidente de avião. Questionou-se então sobre os direitos destes embriões. O tribunal Australiano optou pela eliminação deles.

De outro lado, não se pode falar em direitos hereditários do pai genético, que, tornando-se conhecido, argúa seu direito de suceder alegando ser pai. A inseminação heteróloga exige, como condição primeira, anonimato do doador para evitar maiores conflitos tanto psicológicos, como jurídicos.

Daí condenarmos as instituições que coletam sêmens com objetivos de aprimoramento de raça e criação de "gênios" e bebês superdotados.

Em recente obra publicada pela UFMG denominada *O Direito de Família no Senado*, o professor *João Baptista Villela* propõe uma emenda ao art. 1602, do projeto de Código Civil, sugerindo incluir o § único do artigo com o seguinte teor:

"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 viúvo e observado, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta."

Evidentemente, não há cogitar de problema envolvendo a inseminação artificial se o filho gerado por esta forma tiver sido introduzido na família como filho legítimo do casal. O mesmo dir-se-á no caso de efetuarla uma mulher solteira, pois que, registrado o filho, prevalecerá para ele a situação de um filho natural.

Problema ocorrerá na hipótese do doador do sêmen, após o registro da criança, sair do anonimato postulando o reconhecimento desta filiação.

A matéria não encontra solução no Código Civil, uma vez que a investigação de paternidade somente tem lugar nos termos do art. 363 do Código Civil.

O reconhecimento espontâneo encontrará obstáculo por parte da mãe como também dos parentes sucessíveis desta, tendo em vista que nenhum princípio legal existe em torno do anonimato ou quebra do anonimato por parte do doador.

6.5 — *A manutenção do sigilo e o impedimento matrimonial*

O sigilo sobre a inseminação artificial constitui fator de grande importância.

Inicialmente, deve o casal que pretende efetuar uma inseminação homóloga, assumir o compromisso do silêncio em relação à forma como foi concebida a criança. Uma vez que se tem em mente a formação de uma família, não há porque tornar pública a situação de sua origem.

Se este problema já existe na inseminação homóloga, o silêncio é fator fundamental na inseminação heteróloga.

Nela é introduzida a figura do doador do sêmen, terceira pessoa que jamais deve ser revelada. A criança assim concebida jamais deverá ser distinguida na família e na sociedade em razão do meio de concepção utilizado.

Assim, a figura do pai genético deverá ser sempre omitida, mesmo ao casal que o solicitou ou escolheu.

As instituições que realizam este tipo de inseminação informam ao casal interessado todos os dados pessoais do doador, porém sem fornecer seu nome no ato da escolha.

Porém, a omissão ou sigilo do doador apresenta um aspecto que deve ser analisado de acordo com o nosso direito vigente.

Trata-se da hipótese de um filho do doador pretender casar com quem tenha sido gerado por inseminação artificial.

Publicado o edital destinado a abrir oportunidade de ser acusado impedimento matrimonial, surge naturalmente a questão relativa à manutenção do sigilo.

Em face do direito vigente, não se encontra solução para o problema.

O Código Civil proíbe o casamento de irmãos no art. 183 n.º IV, e o artigo 184 estabelece que a afinidade resultante da filiação espúria poderá provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão direito de fazê-la em segredo de justiça.

Em comentário, diz *Clóvis Beviláqua* que o código distingue entre a afinidade resultante de filiação espúria e a que resulta da simplesmente natural porque os filhos espúrios não podem ser reconhecidos. Esta distinção deixou de existir com as modificações introduzidas pelo art. 227, § 6.º, da Constituição de 1988.

Sabendo o doador que um filho seu pretende casar com a filha gerada mediante a utilização de seu próprio sêmen, levanta-se questão ao mesmo tempo moral e jurídica.

O doador se encontra em face da situação decorrente do sigilo que revestiu a fecundação artificial e o dever de evitar um matrimônio de irmãos.

Neste caso, os princípios éticos devem impor ao doador a revelação da consangüinidade entre os futuros cônjuges. Faz-se necessário manter nos bancos de esperma um serviço de informações para fornecer estritamente aos interessados o nome do doador.

Por analogia com o disposto no citado art. 184 do Código Civil a revelação de impedimento deverá fazer-se em segredo de justiça.

7 — CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretendeu esgotar o assunto.

O fascinante tema aqui desenvolvido é bem mais abrangente, envolvendo ainda outros aspectos de especial interesse para o homem da ciência e para o jurista.

É incrível que, sendo um assunto tão atual e controverso, os sistemas jurídicos, em geral ainda se recusam a enfrentá-lo.

Qual será o papel do direito neste estágio de evolução da matéria?

Sem dúvida, já se apresentam vários problemas jurídicos ligados a este novo ramo de desenvolvimento da pesquisa científica.

Até onde podem ir a ciência e a pesquisa?

Será este o momento de rever o poder ilimitado da ciência e editar uma lei própria?

Por outro lado, os problemas jurídicos já se apresentam, e, até agora, coube aos tribunais recorrer às regras comuns de direito para atenderem às questões que se venham apresentando.

Estas decisões, porém, têm-se mostrado insuficientes para preencher este vazio jurídico, a exigir uma urgente medida por parte do homem do Direito.

A revisão do estatuto da criança concebida pela inseminação artificial homóloga ou heteróloga, o conceito jurídico da maternidade focalizando a mãe-de-aluguel e as relações de parentesco, os efeitos patrimoniais ligados fundamentalmente à sucessão hereditária, e o direito aos alimentos, exigirão dos juristas uma revisão nos conceitos, para fixar-lhe preceituação adequada.

É, pois, no Direito Civil, que o tema tem reflexos importantes, e o Projeto de Código Civil Brasileiro, já transitando no Congresso Nacional, também se colocou neste vazio jurídico dominante.

É tempo dos civilistas projetarem sua visão para as relações familiares sem se apegarem demais a princípios rígidos e tradicionais, mas tendo em vista, sim, estas relações sob o ponto de vista social.

Não se justifica mais falar em legitimidade de filhos, quando é flagrante a equiparação dos direitos de todos (Constituição Brasileira de 1988 — art. 227 § 6.º) O importante é ter em mente a proteção da relação dos pais com os filhos, independentemente de sua origem. Nascidos de uma “união de fato”, nascidos da inseminação artificial homóloga ou heteróloga ou de mãe-de-aluguel, deverá merecer proteção do Estado a relação familiar dos pais entre si, e destes com seus filhos.

A obra do Professor *Guilherme de Oliveira* da Universidade de Coimbra citada neste trabalho é fundamental na análise do conceito jurídico de paternidade na inseminação artificial.

Também o conceito de maternidade deve ser revisto.

Quais são os direitos relativos à maternidade quando a mulher contribuiu com seu próprio material genético na inseminação artificial?

A discussão sobre a validade do contrato de aluguel de útero deve se restringir apenas às regras gerais de interpretação dos contratos ou deve atender a outros elementos éticos e sociais?

Por outro lado, será correto o anonimato total do doador do espermatozoide em relação à própria criança que nasceu da inseminação heteróloga?

Não terá ela o direito de conhecer a identidade de seu pai biológico?

Além disso, qual a condição jurídica do estoque de embriões congelados, enquanto não utilizados? São propriedade dos doadores? Pode-se falar em direitos sucessórios dos embriões congelados?

Neste momento de mudanças profundas, as novas conquistas da ciência clamam por uma revisão total dos conceitos.

Num grau mais avançado, a matéria deve levar em consideração conseqüências genéticas cujos experimentos que — iniciados em espécies inferiores — já são utilizados em seres humanos, representando uma incógnita para o direito e mesmo para a ciência.

As manipulações genéticas e as experiências com embriões violam a tradição filosófica ocidental e os acordos internacionais que proíbem as experiências com seres humanos.

No entanto, não existe qualquer proibição de experiências com embriões humanos, tornando-se premente a criação de estatuto ético para estas experiências. Sendo o embrião um ser humano em potencial desde sua concepção, pode-se aceitar a criação de embriões com fins experimentais?

A utilização deles para confecções de produtos é um dos desvios destas experiências que um estatuto ético deveria proibir.

Sob o ponto de vista patrimonial, é tempo de se transferir o pólo de interesses das relações pessoais para os interesses sociais, protegendo-e a propriedade sob o ponto de vista restrito da sucessão familiar, mas tendo por objetivo a sua utilização para a sociedade.

Diante desta nova realidade incontestada, não pode o jurista permanecer alheio ao processo. Urge sua atuação efetiva.

Cabe destacar aqui a participação dos juristas portugueses que, inovando com iniciativas atuais e responsáveis, contribuíram para que o Congresso, através do Decreto-Lei 319/86, nos termos da alínea "a", do n.º 1, do art. 201, da Constituição, decidisse que *"a recolha, manipulação e conservação de espermatozoide e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana só podem ser praticados sob a responsabilidade e a direta vigilância de um"*

médico em organismos públicos,, ou privados expressamente autorizados pelo Ministério da Saúde". Segundo o Decreto-Lei, somente a inseminação homóloga com sêmen fresco está dispensada da autorização.

Efetivamente, não se concretizou esta medida, uma vez que foge do controle do Estado a total fiscalização desta prática.

A posição da Igreja Católica continua irredutível ao estabelecer a sua posição contrária a qualquer tipo de inseminação.

A Congregação Romana pela Doutrina da Fé, sob a assinatura do Cardeal *Josef Ratzinger*, e com a aprovação do Papa, tornou pública, no dia 10 de março de 1987, uma instrução sobre "O respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação".

Para a Congregação "o embrião é uma pessoa humana".

Esta convicção já combatia o aborto, e hoje opõe-se à manipulação do embrião, mesmo que para benefício da pesquisa científica. Além disso, combate a produção de embriões suplementares, o que permite multiplicar as chances da fecundação *in vitro*, e, ainda, qualquer estocagem e a qualquer congelamento de embriões humanos.

Ao firmar sua posição a Igreja proclama:

Não pode haver procriação responsável fora do casamento; a fecundação artificial, recorrendo a gametas de um terceiro, é "contrária à unidade do casamento, à dignidade dos esposos, à vocação dos pais e aos direitos do filho a ser concebido e posto no mundo do casamento e pelo casamento".

Nos últimos 5 anos, a inseminação artificial em geral e especialmente a procriação e a fecundação *in vitro*, com a possibilidade do congelamento dos embriões e do material genético, transformaram-se em tema central dos debates na área da ética médica.

Filósofos, teólogos e autoridades religiosas foram convocados para uma reflexão conjunta com os pesquisadores.

Os jornais e os meios de comunicação em geral têm exercido um papel importante neste "grito de alerta". Há, porém, que se constatar que a mídia, em geral, tem tendência a se interessar pelo lado sensacional das questões discutidas quando o momento é de reflexões mais profundas. É direito de qualquer cidadão conhecer os elementos necessários a uma opção consciente.

A moral volta a ser a linha indireta das pesquisas. Há valores éticos que também deverão determinar o rumo das reflexões.

O "Le Monde" — *dossiers* e documentos de abril de 1987, publicou importantes conclusões desses debates realizados na França.

Entre eles o professor, *Jacques Testart*, do Hospital *Antoine-Béclère*, um dos maiores especialistas mundiais da fecundação *in vitro*, declarou estar profundamente inquieto com a evolução das pesquisas no seu domínio, e propõe *moratória internacional*.

A seu ver, as pesquisas não podem ser consideradas *neutras*. Uma descoberta nem sempre corresponde a uma necessidade preexistente ou criada por si mesma.

Por detrás destas inquietações e angústias, uma questão urgente é levantada: *a manipulação das células sexuais e dos embriões humanos deve ser regulamentada?*

Os riscos de desvios, de abusos de toda sorte, e de comercialização entre indivíduos fecundos e casais estéreis necessitariam de uma regulamentação urgente.

Diante da proposta do professor *Jacques Testart*, o Comitê Nacional de Ética da França se pronunciou por uma "moratória de pesquisas" que visava a permitir a realização de um diagnóstico genético antes da transplantação.

Apesar de algumas reservas de seus membros sobre o princípio mesmo da moratória, o Comitê considerou, após longos debates, que a moratória se impunha igualmente por motivos de ética médica e científica.

A moratória foi fixada pelo Comitê em 3 anos e permitiria aos pesquisadores avaliar as conseqüências das pesquisas de caráter genético, isto é, pesquisas que associem a antecipação por micro-manipulação de uma parte das células ou dos núcleos dos embriões e a análise das características genéticas dessas células.

Foi fundamental, também, decisão da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa que decidiu, no dia 24 de setembro de 1986, em seguida a numerosos debates, regras concernentes à "utilização de embriões e fetos humanos para fins industriais e comerciais".

Decidiu o Conselho da Europa pela proibição de:

- A criação de seres humanos idênticos por multiplicação ou por outros métodos, para fins de seleção da raça ou não;
- A implantação de um embrião humano no útero de outra espécie ou a operação inversa;
- A fusão de gametas humanas com os de outra espécie;
- A criação de embriões com espermatozoides de indivíduos diferentes;
- A criação de filhos de pessoas do mesmo sexo;

- A escolha do sexo por manipulação genética com fins não terapêuticos;
- A criação de gêmeos idênticos; e
- A experimentação sobre embriões vivos, viáveis ou não.

E diante de todo este quadro de debates, reflexões e mesmo de tomada de posições, cabe, mais uma vez, a indagação maior:

Qual o papel do Direito neste momento tão importante?

Sem dúvida, a concepção *in vitro* com seus inúmeros desdobramentos e a inseminação artificial (principalmente a heteróloga) estão subordinadas a valores éticos e sociais. Existem também parâmetros filosóficos, morais e religiosos que devem ser respeitados e condicionados à dignidade humana.

Se estes valores e princípios têm regido a norma das instituições públicas e privadas na elaboração de suas próprias regras de funcionamento, há que se reconhecer que, em muitas delas, os interesses próprios sobrepõem-se a estes limites.

Ao mesmo tempo, será o momento de elaboração de normas legais rígidas delimitando e condicionando as pesquisas em face de reavaliação ou moratória? Deve a lei limitar o poder da ciência sobre o homem?

Foi meritória a Decisão do Conselho da Europa proibindo o desenvolvimento das pesquisas em áreas cujas dimensões se conheciam, mas que não se podiam prever a seu desdobramento final.

Por que não convocar o jurista para um trabalho conjunto de reflexões, e avaliação de seus parâmetros?

A função do jurista nesta hora não deve ser apenas de um mero elaborador de normas proibitivas. Ele deve participar das reflexões e avaliações científicas fornecendo os elementos e princípios jurídicos que deverão orientar a pesquisa e a ciência em sua prática.

O jurista não deve ser considerado o inibidor das atividades do pesquisador, mas um colaborador presente em todas as fases dos programas científicos. Este trabalho conjunto torna-se fundamental.

Só assim se poderá vencer este estágio de conhecimento e fixação de limites para finalmente atingir o plano de elaboração de leis específicas.

Bibliografia

- Antonio Mies Filho. *Reprodução dos Animais e Inseminação Artificial*, Livraria Sulina Editor.
- Artur de Castilho Neto. "Inseminação Artificial Humana. As descobertas científicas e o Direito Brasileiro", in "Revista da Procuradoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro", n.º 1, 1975.
- Manoel Pedro Pimental. "A Inseminação Artificial perante o Direito Penal", in "Revista dos Tribunais", vol. 315, pág. 344.
- Raul Afonso Nogueira. "Inseminação Artificial e Adultério", in "Revista da Universidade da Bahia", volume XXXIV, pág. 236.
- Antônio de Pádua Leopoldo de Oliveira. "Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial", in "Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mario da Silva Pereira", Editora Forense, 1984.
- Guilherme de Oliveira. "Critério Jurídico da Paternidade". Tese de Doutorado publicada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1983.
- Marco Aurélio S. Viana. "Da Inseminação Artificial". Artigo Publicado na "Revista da Faculdade de Direito da UFMG", volume 27, pág. 238.
- A. Almeida Junior. *Paternidade*, Companhia Editora Nacional, 1940.
- José Augusto de Alceu Machado. "Direitos da Personalidade e Inseminação Artificial", publicado na "Revista dos Tribunais", n.º 535, pág. 33.
- Luiz Chemim Guimarães. *Inseminação Artificial Criminosa*, Editora Rio, 1978.
- G. Carbonni. "Inseminazione Artificiale e Delitto di Adulterio", in "Rivista di Diritto Matrimoniale", 1965.
- Fernando Santosuono. *La Fecondazione Artificiale Umana, Medicina Legale, Criminologia e Deontologia Medica. Diretta de G. Canepa e A. Fiori*, 1.
- Wanderby Lacerda Panasco. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Editora Forense, 1984.
- João Baptista Villela. "O Direito de Família no Senado", publicado pela Universidade Federal de Minas Gerais.
- Caio Mario da Silva Perelra. *Instituições de Direito Civil*, volume V, Editora Forense, 1985.
- José Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*, 1.ª edição, Editora Forense.
- Augusto Leon C. *Ética em Medicina*, Editorial Científico-Médica, 1973.
- Clóvis Beviláqua. *Código Civil Comentado*, Editora Rio.
- Carvalho Santos. *Código Civil Comentado*, volume V, pág. 398, Editora Freitas Bastos.
- Artigos Publicados em Periódicos*
- "Nascer ou não nascer" — sessão de medicina da "Seleção Semanal" do Jornal "Le Monde", de 16-22 de fevereiro de 1984, escrito pelo Dr. Escoffier Lambiotte.
- "Hi-Tech Babies", artigo publicado na revista "Newsweek", de 18 de março de 1985.
- "The New Origins of Life", artigo publicado na revista "Time", em 10 de setembro de 1984.
- "A Revolução Genética", publicado em "O Estado de São Paulo", em 02-09-84.
- "La procréation artificielle", publicado na "Le Monde — dossiers et documents", n.º 143, abril/87.