

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA — AS DESCOBERTAS CIENTÍFICAS E O DIREITO BRASILEIRO (*)

Arthur de Castilho Neto

- 1 — Introdução. 2 — A Inseminação e o Direito
- 3 — Novos Códigos e Projetos de Lei em tramitação.
- 4 — Conclusão.

1 — Introdução

Os dois últimos séculos surpreenderam todos quantos presenciaram as transformações que o desencadeamento de um processo científico-tecnológico provocou nos diversos setores de nossa atividade.

Dentre as descobertas científicas que desafiam a coragem e a liberdade de criação destaca-se, sem dúvida alguma, a inseminação artificial humana, que é hoje realizada com sucesso na Inglaterra, Estados Unidos, Japão, Bélgica, Nova Zelândia, África do Sul, Áustria, França, Alemanha, Israel, Noruega, Suécia, Dinamarca e Brasil.

A primeira notícia que se tem a respeito de inseminação não natural nos é dada pela mitologia grega, segundo a qual PERSEU teria sido fruto da fecundação provocada por ZEUS em DANAÉ, filha de Acrísio, enclausurada para não ter o filho que lhe viria usurpar o trono.

(*) Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) Rio de Janeiro.

As lendas orientais, por sua vez, nos dão conta das inseminações feitas por VANIJIN, deusa da fertilidade, para cujo templo as mulheres se dirigiam sozinhas para de lá retornarem grávidas, após a concepção.

A ninguém é dado desconhecer, nesse Brasil Católico, o fato histórico-religioso do nascimento de Cristo provocado por inseminação não natural protegida pelo dogma da virgindade de Maria.

Em todos esses casos houve a intervenção divina. A Religião faz o registro e a História o consolidou.

Como experiência no ser humano, porém, a inseminação artificial segue a inseminação não natural provocada em animais. Atribui-se a LAZZARO SPALLANZANI, em 1.780, o primeiro resultado positivo obtido pela inoculação de semen de um cão de que resultou no nascimento de quatro crias normais.

Com o desenvolvimento gradativo de sua técnica, a Inglaterra tornou-se com HUNTER, em 1.790, e SIMS, em 1.866, o berço de inseminação artificial humana.

Sempre foi seu objetivo eliminar as condições subférteis de um casal ou a infertilidade total ou parcial de um dos cônjuges.

Estabelecendo-se, para efeitos dessa exposição, a sinonímia entre infertilidade e esterilidade, diremos que a esterilidade feminina poderá ocorrer por incapacidade de copular nas dispareunias (dores incapacitantes) e no vaginismo (construções obstrutivas da vagina), por incapacidade uterina ou retenção do óvulo fecundado, por embaraços criados ao líquido seminal no trajeto cervical e por obstrução dos ovidutos (Trompas de Falópio).

A esterilidade masculina pode ser motivada pela azoospermia (ausência de espermatozóides no esperma), necropermia (nenhuma motilidade dos espermatozóides), oligospermia (quantidade pequena de espermatozóides vivos) astenospermia (reduzida mobilidade do esperma), a erecção insuficiente, a ejaculação retrógrada, o gigantismo, o infantismo, a hipospadia e a epiespadia.

Há reconhecidamente duas espécies de inseminação ou fecundação artificial humana: a inseminação *homóloga* feita com semen do marido, e a *heteróloga*, praticada com semen de terceiro.

A inseminação artificial é realizada comumente através de aplicação de *speculum* vaginal em mulher, em ligeiro *trendelenburg*, mundificação da *portio* com gase esterelizada, enxuta e instilação ou projeção do esperma fluido por meio de seringa.

Se existe obstáculo cervical ou ístmico, a técnica aplicada é inseminação *in corpus uteri*, sempre realizada em *trendelenburg*, por meio de mundificação da *portio* com gase estéril enxuta, impelindo-se esperma além do istmo com instilação muito lenta, gradual e com pequena quantidade de material a fim de evitar a manifestação de espasmos uterinos e de dores que poderiam diminuir as possibilidades de êxito.

Em casos de oligospermia e astenospermia têm sido assinalados sucessos positivos com a adição ao esperma da solução de revigoramento de Joel (cloreto de Mg e Glicose), ou centrifugando o esperma para aumentar a concentração dos elementos no líquido a injetar.

Aqui no Brasil, nessas hipóteses, desenvolveu-se um processo singular, idealizado pelo Professor Milton Nakamura, do Serviço de Esterilidade Conjugal do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, que adaptou para uso em seres humanos uma técnica aplicada no Japão para inseminação em animais.

Por esse processo, o semen do marido é recolhido e conservado em gelo sob a forma de *pellets*, misturado numa solução conservadora. No momento da aplicação, os comprimidos são aquecidos em banho-maria a 37 graus Celsius, e colocados no fundo do útero por meio de seringa com agulha móvel de platina, munida de dois furos laterais na extremidade por onde passam os espermatozóides.

2 — A Inseminação e o Direito

2.1 — Considerações Gerais

As manifestações da legislação e doutrinas estrangeiras dizem respeito às repercussões que a inseminação artificial provoca nas abrangidas pelo direito civil e pelo direito penal.

Os Tribunais ingleses, p. exemplo, já se manifestaram, no caso Pearce, sustentando, a propósito da inseminação homóloga, que, inobstante o casal haver obtido o filho, o casamento não se consumara. Por esse fundamento, foi decretada a anulação do casamento.

Em outras oportunidades (caso Russel X Russel — 1924 e Oxford X Oxford — 1921), declararam que a prática de inseminação artificial heteróloga se constitui em crime de adultério.

Os doutrinadores ingleses consideram que a filiação resultante de inseminação homóloga é legítima, ao passo que a resultante de

inseminação heteróloga é ilegítima (v. "Report of the Departamental Committee on Human Artificial Insemination" — Julho de 1960).

O Direito Francês não contém legislação a respeito. A Comissão encarregada de reformar o Código Civil propôs que fosse reconhecido o direito do marido de repudiar o filho de sua mulher no caso de fornecer prova de que a criança resultou de inseminação artificial homóloga ou heteróloga não consentida. Essa mesma Comissão, depois, tomou em consideração que a prática da I.A. não é suficientemente difundida para justificar uma regulamentação pelo Código Civil.

Na Alemanha, de acordo com as pesquisas realizadas, a prática da I.A. é numericamente insignificante. É importante assinalar, entretanto, que a Conferência Médica Alemã (DEUTSCHER ARZTELAG) adotou uma resolução em 1959, desaprovando a prática da Inseminação Heteróloga.

Na Itália teve grande destaque o julgamento da Pretoria de Pádua, ocorrido em 1958, considerando não culpada de adultério a mulher inseminada com semen de terceiro, sem o consentimento do marido. O Tribunal Colegiado da mesma cidade, posteriormente, chegou a conclusão oposta.

Não é desconhecida, outrossim, na doutrina peninsular a polémica travada entre *ALBERTO TRABUCCHI* ("Novissimo Digesto Italiano" — págs. 732 a 741) e *SANTOSUOSSO* ("La fecondazione artificiale nella donna" — Milão — 1961) a respeito de espécie de filiação resultante da inseminação heteróloga.

Em Portugal, o artigo 1799 do novo Código Civil dispõe que a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, no caso em que o semen seja de outro homem, que não o marido. Aquele que fornece o semen não pode invocar esse fato para alegar que é pai da criança.

A Noruega, a Suécia e a Dinamarca permitem a prática da inseminação artificial homóloga ou heteróloga. Nesta última espécie, exige-se, que seja ela realizada em mulheres casadas, somente por médicos especializados, com autorização por escrito do marido e com a manutenção do anonimato, quanto ao doador.

Os Estados Unidos, segundo parece, é o país em que mais se difundiu a prática da inseminação artificial, não havendo surpresa, pois, que um certo número de casos, envolvendo a IAD (Inseminação Heteróloga), tenha chegado ao conhecimento de suas Cortes de Justiça.

São vários os precedentes judiciais.

No caso Strnad (Corte Suprema do Condado de N. York — 1947), o casal tinha sido judicialmente separado e a cônjuge mulher requereu ao Tribunal a restrição de direito de visita do pai, alegando que a filha era resultante de inseminação heteróloga. A Corte indeferiu o pedido, entendendo que a criança havia sido potencialmente adotada pelo marido ou semi-adotada pelo marido, que tinha, em consequência, os mesmos direitos reconhecidos ao pai adotivo.

No caso HOCH (Illinois — 1949), o divórcio foi concedido com fundamento na existência de crime de adultério verificado pela prática da IAD (heteróloga).

Finalmente, no caso DOORNBOS, a Corte declarou que a prática IAD configurava o crime de adultério e que o filho dele proveniente deveria ser considerado ilegítimo.

No que tange à legislação americana, não há de sua parte, ao que conhecemos, tratamento específico para a Inseminação Artificial. Proposições foram elaboradas em N. York (1948 a 1950), Virginia (1948), Wisconsin (1949) e Indiana (1949), estabelecendo que um filho obtido através de inseminação heteróloga é legítimo.

2.2. — *Legislação e doutrina Brasileiras*

2.2.1 — *Direito Constitucional e Administrativo*

A Inseminação Artificial encontra previsão em um dispositivo do Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina e publicado no Diário Oficial de 11 de janeiro de 1965.

Diz seu artigo 53:

“Artigo 53: A inseminação artificial heteróloga não é permitida; a homóloga poderá ser praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges”.

Com a proibição expressa desse dispositivo pode parecer inútil qualquer debate sobre a permissibilidade ou não da inseminação artificial em nosso país. Entretanto, conforme se poderá deduzir dos argumentos que adiante serão alinhados, é de ilegalidade manifesta proibição estabelecida naquele artigo.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal em seu art. 153 §§ 2.º e 23 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer al-

guma coisa, senão em virtude de lei" e que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

"Artigo 153:

.....

§ 2.º: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

§ 23: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

Em atendimento ao comando constitucional, a lei federal disciplina e enumera as condições mínimas de capacidade e autoriza a limitação de exercício fundada no Poder de Polícia (fiscalização do exercício de profissões).

Como se sabe, a Polícia das Profissões exerce o controle e fiscalização do exercício das profissões, de molde a ajustá-lo ao bem estar coletivo. Essa atividade discricionária eventualmente entregue aos Conselhos e Ordens é limitada, contudo, pelos direitos que ela deve respeitar e que, pela sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição, na legislação federal, estadual ou municipal específicas.

Ao tratar da fiscalização do exercício da medicina, a Lei Federal n.º 3.268, de 30 de dezembro de 1957, dispõe que "o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional e ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica" (art. 2.º).

Em seguida, o artigo 4.º enumerou, entre as atribuições do Conselho Federal, a de votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais (art. 4.º, letra d).

Esse Código de Deontologia Médica, ou Código de Ética Médica, aprovado por Resolução do Conselho Federal e publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 1965, disciplinou uma série de matérias reunidas em Capítulos: Normas Fundamentais (Capítulo I), Relações com os Colegas (Capítulo II), Conferências Médicas (Capítulo III), Relações com o Doente (Capítulo IV), Segredo Médico (Capítulo V), Responsabilidade Profissional Médica (Capítulo VI), Honorários Profissionais (Capítulo VII), Relações com Instituições Assistenciais e Hospitalares, com Auxiliares do Serviço médico (Capítulo VIII), Relações com a Saúde Pública (Capítulo IX), Relações

com a Justiça (Capítulo X), Publicações de Trabalhos Científicos (Capítulo XI), Observância e Aplicação do Código (Capítulo XII) e Disposições Gerais (Capítulo XIII).

No Capítulo referente a Responsabilidade Profissional Médica (Capítulo VI), inseriu recomendações de natureza profissional juntamente com outras de caráter estritamente legal, como aquelas que recomendam a abstenção da prática de anestesia geral sem a presença de anestesista ou condenam a esterilização e as que proibem a prática de aborto e de inseminação artificial.

Não nos parece, entretanto, que simples *Resolução*, ato administrativo, emanado de um colegiado autárquico, poderá obstacular a prática de um ato que a lei não proíbe.

Não nos parece, também, acatado afirmar que a vedação da prática de inseminação esteja implicitamente compreendida no Poder de Polícia exercido pela Administração, com vistas à satisfação do interesse coletivo.

Por isso que afirmamos, em conclusão, que o artigo 53 do Código de Ética Médica não poderá ter a eficácia que se lhe pretende atribuir, para evitar ou impedir a prática da inseminação artificial homóloga ou heteróloga consentida.

2.2.2 — Direito Civil

No campo do Direito Civil, as primeiras indagações que se enfrentam são as que se referem à moralidade ou inovidade da prática da inseminação, para efeito de exame e verificação da liceidade da prática da inseminação (art. 145 n.º II do Código Civil).

Tanto a inseminação homóloga como a inseminação heteróloga enfrentam grandes restrições de ordem moral e religiosa.

Condena-se a primeira pela suposta imoralidade no meio utilizado para colheita do líquido seminal: o coito interrompido ou a auto satisfação. Repudia-se a segunda pela mesma imoralidade e pela contrariedade aos preceitos do Direito Natural.

A repulsa se dirige contra a forma de obtenção, contra a alegada imoralidade na inoculação do semen de terceiro e na artificialidade da fecundação e justifica-se no direito dos filhos à paternidade real.

A propósito, ARMANDO DIAS DE AZEVEDO, em trabalho publicado na Revista Forense, n.º 149, cita GIOVANNI PAPINI que satirisa e anatematiza o doador de semen, descrevendo-o como:

"o garanhão humano, o pai de cem filhos, que lhes desconhecera a existência e que nunca o verá. O que tem cem filhos e está só, o que tornou mãe cem mulheres e não é amado por nenhuma, o enfermo que, logo que ficou restabelecido, tem de voltar ao seu ofício de reprodutor diplomado".

HELIO AGUINAGNA, em suas "Breves Considerações a Respeito da Inseminação Artificial", publicadas no *Brasil Médico* — julho de 1955, afirmava:

"Só um homem despido de respeito a si próprio poderá permitir que sua companheira carregue dentro de si o fruto de uma semente que não a resultante do seu amor conjugal ("Breves Considerações a Respeito de Inseminação Artificial" in *Brasil Médico*, Rio, Julho de 1955).

SULVAT, no seu *Derecho Argentino*, pondera que:

"Antes de ser uma convenção social imposta pela tradição, a paternidade real é um anseio inato no homem, que volta sempre para sua origem.

Mas se o direito que tem os filhos à paternidade real é intocável, já se verifica, sem sombra de dúvida, que também a fecundação artificial heteróloga, mesmo consentida, é reprovável.

Pio XII no IV Congresso Internacional dos Médicos Católicos definiu o pensamento da Igreja, ao repudiar o processo de inseminação artificial fora do matrimônio, apontando-a como altamente agressiva à Lei Natural e ofensiva à Lei Divina positiva, ao afirmar:

"Para gerar uma vida nova só os cônjuges têm direito recíproco sobre seus corpos, direito exclusivo, intransferível, inalienável. Só a procriação de uma nova vida segundo a vontade e o plano do Criador, leva consigo a realização do fim aspirado, num admirável grau de perfeição.

.....

Reduzir a uma pura função orgânica para a transmissão dos germes seria como converter o lar doméstico, santuário da família, num simples laboratório biológico" ("Documentation Catholique, volume 46/1.348).

Os teólogos luteranos, segundo RAYMOND RAMBAUR manifestam-se infensos à inseminação heteróloga pelas mesmas razões levantadas pelo insigne Pontífice.

Sensibilizamo-nos com tão dignas e ilustres manifestações mas julgamos que, em parte encerram elas conclusões preconceituosas acerca da prática da inseminação, isto porque a Fecundação não natural se dirige a um nobre objetivo que é o de eliminar a infelicidade ou a desarmonia provocada pela ausência dos filhos.

É o próprio Velho Testamento que no Gênesis nos fala da humilhação de Lia: "O Senhor vendo Jacó desprezar Lia, fê-la fecunda". Seguindo-se o primeiro parto, Lia exclamou: "O Senhor viu a minha humilhação, e agora meu marido me amará".

RAQUEL, filha de LABÃO, marcada no início pela esterilidade se dirigiu a JACÓ: "Dai-me filhos, do contrário, morrerei" ao que lhe retrucou o marido: "Estou eu por ventura no lugar de Deus, que te privou da fecundidade? E quando ela pôde ter filhos exclamou: "Tirou o Senhor Deus de mim o opróbrio".

Todas essas passagens bíblicas são transcritas para sobrelevar o fato de que a mulher se sente no dever de procriar. Sua realização existencial está toda ela condicionada à perseguição e o atingimento da maternidade.

Também o homem enobrece com a paternidade. Também ele busca na união pelo casamento a perpetuação da espécie. A infertilidade representa para ele uma diminuição difícil de ser suportada.

Em suma, o casal quando busca a inseminação artificial quer o filho. Ao contrário do que corre com frequência na fecundação natural, onde o conceito não é desejado e até por vezes, rejeitado.

Defendemos a moralidade da inseminação homóloga ou heteróloga consentida porque julgamos ser um direito do ser humano o direito à liberdade individual de escolha. Recusar ao casal sub-fértil a possibilidade à alternativa se nos afigura sobremaneira injusta e injurídico.

A inseminação homóloga e a heteróloga consentida resolverão por certo os problemas que o instituto da adoção não pode solucionar: a dupla paternidade e maternidade, a rejeição, a exposição, a chantagem afetiva e a discriminação.

Outro aspecto que merece exame é o da juridicidade do ato de disposição do semen, como parte do corpo humano.

Muito se discutiu, à época dos transplantes, sobre a legalidade do ato de disposição de partes do corpo, em vida, para servir de alguma serventia a terceiro que dela se utilizasse.

Ficou acertado que a auto-mutilação seria conforme o direito, desde que se destinasse à consecução de fim nobre e não provocasse diminuição séria na capacidade física do doador.

Nesse sentido, a doação de semen também não afrontaria a ordem jurídica estabelecida, nos termos da construção doutrinária que adotamos.

A prática da inseminação artificial poderá influir sensivelmente no fato jurídico de grande relevo que é o nascimento do homem, acarretando consequências de ordem pessoal e patrimonial.

A relação de filiação é a primeira relação jurídica provocada pelo nascimento. A espécie de filiação será determinada segundo alguns pressupostos como o casamento, o concubinato, a inexistência de impedimentos matrimoniais, e, principalmente, a existência fáctica de um nexó causal entre o relacionamento sexual dos pais e a concepção.

Nesse último aspecto, como se sabe, predomina a dificuldade da prova. Com efeito, a prova da derivação causal exclusiva pressupõe e implica a segurança do emprego efetivo de um semen de determinada proveniência, assim como da ausência de outros possíveis atos de fecundação, naturais ou artificiais.

Da dificuldade dessa prova nasceu a necessidade de o direito se socorrer das presunções, que são, na lição de CHIOVENDA "os fatos com os quais se argumenta sobre a existência de outros" (Instituições de Direito Processual Civil — 3.º volume — São Paulo — 1969 — pág. 139).

O Direito Brasileiro elegeu a presunção entre os meios de prova da relação de filiação, conforme se poderá observar da leitura dos artigos 337 e 338 do Código Civil:

Artigo 337: "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé".

Artigo 338: "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento:

- I — Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);
- II — Os nascidos dentro nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação".

Quanto ao reconhecimento forçado de filhos ilegítimos, tendo em conta o disposto no art. 363 n.ºs. I a III do Código Civil, que permite a ação dos filhos contra os pais em determinadas situações, estabeleceram a doutrina e a jurisprudência que, no caso de concubinato, milita em favor do demandante a presunção relativa de existência da relação de filiação. Já nas demais hipóteses, reconheceu-se a necessidade de se comprovar a existência de relações exclusivas entre pai e mãe do demandante.

Daí se infere que para o direito positivo brasileiro, a semelhança do Direito Italiano (v. polêmica entre A. Trabucchi — *in* “Novissimo Digesto Italiano” — págs. 729/744), leva-se mais em conta para fundamentar a relação de filiação a existência do casamento, do concubinato e das relações sexuais exclusivas entre genitores do demandante. O conceito de filiação, para o direito, se diferencia do mesmo conceito enunciado pela biologia.

Em outras palavras, enquanto para a biologia pai é sempre aquele que esteja ligado diretamente à fecundação, por nexo de causa e efeito, para o direito pai é aquele que demonstrada ou presumivelmente teve relações sexuais exclusivas com a mãe do demandante.

Na inseminação artificial inexistente contato carnal.

Por outro lado, se o atingimento da certeza real na fecundação natural é impossível, com muito maior razão, na inseminação artificial. A determinação do dia ovulatório oferece grandes dificuldades, principalmente nos casos de ciclos anovulatórios ou de insuficiência prostestacional corrigidos (v. MILTON NAKAMURA — “Atualidades Médicas” — janeiro de 1973).

Assim sendo, tendo em vista a omissão do direito positivo brasileiro, quanto à existência de relação de filiação nas hipóteses de inseminação artificial e a impossibilidade da realização da prova de existência do fato da concepção, temos que o filho resultante de inseminação artificial em mulher solteira, que não viva em concubinato, ou o filho resultante de inseminação heteróloga em mulher casada, seria tão somente de sua genitora, não cabendo, pois, ao doador reivindicar qualquer direito fundamentado na paternidade.

No campo da responsabilidade civil, se a prática da I.A. acarretar danos, assistirá à prejudicada ou prejudicado o direito à obtenção da indenização correspondente.

Assim, por exemplo, se a mulher tiver sido fecundada, com violência ou engano, não se vê motivo para negar-lhe uma ação de res-

sarcimento contra aqueles que tenham participado casual e diretamente da prática da inseminação.

Também por fato de um nascimento infeliz, ao médico será imputada a responsabilidade, no caso de se constatar a existência de omissão, negligência ou imprudência.

Parece-nos finalmente adequado afirmar que, com fundamento no critério da responsabilidade pelas conseqüências do ato, possa estender-se ao filho o direito de obter os meios para enfrentar a vida que recebeu de quantos colaboraram ativamente na prática da I.A., sabendo de antemão qual poderia ser a conseqüência de seu ato.

2.2.3 — *Direito Penal*

Há séria divergência entre os penalistas pátrios e alienígenas, quanto à caracterização ou não do crime de adultério pela prática da inseminação heteróloga não consentida.

NELSON HUNGRIA afirma, em seus Comentários ao Código Penal — pág. 381 — Volume VIII — 4.^a edição “que somente o ato sexual inequívoco do cônjuge com terceiro, voluntariamente praticado, ou tolerado”.

CARRARA exige a cópula normal completa para confirmação do crime: “In genere è certo exigersi alla sua consumazione la vera e propria copula nei modi naturali: — cossichè i baci, le mollizie e la stessa venere nefanda non costituiscono adulterio” (Programa — volume III, Lucca, 1866/1884).

GUIDO BATTAGLINI (“Fecondazione Artificiale e Adulterio” “in Giustizia Penale” parte I, vol. III, fascículo III) entende que o delito se constitui, não apenas, em face da conjunção carnal, mas, também, na hipótese da inseminação artificial.

O Professor ALMEIDA JUNIOR, Catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defende o ponto de vista de que a inseminação artificial heteróloga não consentida caracteriza o crime de adultério científico (Rev. “JUSTITIA” — volume 64 — 1.^o trimestre de 1969).

ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA, em seu trabalho apresentado no II Congresso do Ministério Público Fluminense, realizado em Teresópolis, de 20 a 24 de novembro de 1968, após discordar do ponto de vista do Prof. ALMEIDA JR., assevera que a inseminação artificial heteróloga poderá conduzir à prática de diversas modalidades

delituosas, como por exemplo: a) — crime de atentado ao pudor, mediante fraude (art. 216 do Código Penal) se praticado através de procedimento enganoso em mulher solteira, se perpetrado em mulher casada, sem o seu consentimento; crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) se praticado mediante constrangimento, violência ou grave ameaça; crime de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal) se perpetrado em menor de 18 e maior de 14 anos; crime de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal) se o sujeito ativo foi constrangido pelo sujeito passivo ou terceiro.

Entretanto, como bem destacou o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, essas modalidades delituosas somente poderão ser configuradas se à inseminação artificial forem ajustados outros elementos circunstanciais, já que a inseminação artificial heteróloga por si só não seria suficiente para caracterizar os delitos ali enumerados.

Há quem alegue existir na declaração de filiação que lastreia a inseminação heteróloga, crime de falsidade ideológica, porquanto afirma-se ocorrer uma relação de filiação que, na realidade, inexistente. Aplicar-se-ia, no caso, as penas do art. 299 do C. Penal, que trata dessa espécie de falsidade:

“Artigo 299: Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, *com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar verdade sobre fato juridicamente relevante.*”

Pena: reclusão, de um a cinco anos e multa de um a dez contos de réis, se o documento é público, e reclusão, de um a três anos, e multa de quinhentos mil réis e cinco contos de réis se o documento é particular”.

Ainda nesse caso, o crime não seria o da prática de inseminação, mas, sim, de declaração que a explicita. Nessa hipótese, já têm decidido o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Estaduais, que o assentamento de registro de filiação, se não eivados de dolo ou culpa, não é penalmente incriminável.

O Ministro HERMES LIMA, ao julgar o Habeas Corpus n.º 43.515 sustentou que para se configurar o crime de falsidade nos registros de nascimento, era preciso comprovar a presença de dolo, elemento integrativo do crime de falsidade ideológica. Tendo o declarante a intenção de proteger e, não, de prejudicar, não poderia ser punido por sua nobre atitude.

Também, no mesmo sentido, outras decisões de Tribunais Estaduais encontradas em publicações feitas na Revista dos Tribunais 277

— 157; 287 — 448; 291 — 121; 292 — 115; 303 — 82; 307 — 110; 322 — 124; 329 — 137 e Revista Forense 140 — 428; 150 — 421; 182 — 334; 199 — 275; 203 — 305; 207 — 327.

Não desconhecemos a circunstância de que o Novo Código Penal regulou diversamente a matéria do registro falso. Mas, sob sua vigência, a inseminação artificial passa a ser prevista, em determinadas condições, como crime, não ensejando o tipo de problemas que ora enfrentamos com o exame da declaração de registro.

Em nosso entendimento, inexistente delito na prática da inseminação artificial pela falta específica de sua previsão em lei. Tanto mais verdadeiro, quando se verifica que o novo Código Penal (Decreto-lei n.º 2004, de 21 de outubro de 1969) houve por bem destacar como crime a Inseminação Artificial Heteróloga não consentida no seu artigo 267:

“Artigo 267: Permitir a mulher casada a própria fecundação por meio artificial sem que o consinta o marido.

Pena: detenção, até dois anos.

Parágrafo único — Só se procede mediante queixa”.

Pensamos com NELSON HUNGRIA que mister se faz para a configuração do crime a prática inequívoca de um ato sexual.

3 — Dos Novos Códigos e Projetos em Tramitação

3.1 — Direito Civil

O Anteprojeto do Código Civil, na parte que se refere a relações de parentesco (artigos 1765 a 1825 da 2.ª Edição Revisada), não previu nem regulamentou os efeitos resultantes da prática da inseminação artificial, mas há sobre o assunto, no campo da legislação civil, um projeto de lei, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que dispõe, nos seus artigos 1.º e 2.º:

Projeto de lei 77/73 — Senador VASCONCELOS TORRES

“Artigo 1.º: São naturais todos os filhos concebidos e nascidos de qualquer leito.

§ 1.º — Consideram-se igualmente naturais os filhos concebidos através de inseminação humana artificial, gestados e nascidos de mulher.

§ 2.º — Só se permitirão inseminações humanas artificiais sob rigorosa vigilância e assistência técnica-médica autorizada por lei, responsabilizando-se judicialmente, os agentes doadores e receptores pelo filho que nascer, assistindo-o na forma da lei.

Artigo 2.º — São legítimos todos os filhos naturais”.

Há muitas falhas neste projeto. Primeiro, seu objetivo não é especificamente de determinar os efeitos resultantes da inseminação artificial, mas, o de equiparar todas as espécies de filiação. Considera legítimos, por serem naturais, os filhos resultantes de inseminação.

Responsabiliza judicialmente (sem determinar o sujeito passivo, a maneira ou a espécie de responsabilidade) a quem pratica inseminação sem assistência médica autorizada por lei e prevê a adição de lei para autorizar a fiscalização médica no mesmo ato em que se elabora um diploma legal.

Não especifica o tipo de filiação resultante da inseminação heteróloga consentida e inseminação heteróloga não consentida, escapando-lhe também a orientação legislativa no que diz respeito à permissibilidade da prática da inseminação.

Julgamos que estes aspectos terão que ser necessariamente previstos em iniciativa de lei, emenda ou substitutivo do projeto original.

3.2 — *Do novo Código Penal*

No âmbito do Direito Penal, como já dissemos, o Decreto-lei 1.004, de 1969 (Novo Código Penal) já enquadrava especificamente como crime a inseminação artificial heteróloga não consentida. Insereu esta figura delituosa no capítulo referente aos crimes contra o estado de filiação (Capítulo III) por entender que é maior o gravame infringido à filiação. Não nos adentraremos pela análise do mérito desta catalogação, à semelhança dos que repudiam a inclusão do crime ali previsto nesse capítulo para preferi-lo enquadrado entre os crimes contra o casamento.

São mais relevantes as omissões referentes à titularidade da ação penal privada, e à responsabilidade penal dos agentes que concorrem para a prática da inseminação artificial.

Determina o parágrafo único do artigo 267 do Novo Código Penal que, no caso de crime de hetero-inseminação não consentida, só se procede mediante queixa (ação penal privada), sem determinar expressamente o titular dessa ação. Em nosso entendimento, dado que

o direito de ação é personalíssimo, somente ao cônjuge lesado pelo não consentimento, incumbiria a iniciativa da queixa de que trata aquele parágrafo.

Assim sendo, seria de bom alvitre incluir disposição expressa nesse sentido no Novo Código Penal.

Ainda pela leitura do citado artigo 267 do novo Código Penal, o sujeito ativo do crime é a mulher casada que permite, sem o consentimento do marido, a realização da inseminação artificial heteróloga.

Não poderá ela, entretanto, obter essa inseminação sem o necessário concurso do doador, pessoa estranha à relação conjugal, que fornece o líquido seminal e do *inseminador*, médico ou biólogo, que realiza a inseminação.

Em nosso entendimento, seria recomendável atribuir expressamente a responsabilidade penal a esses concorrentes, em determinadas circunstâncias, a fim de se evitarem futuras dúvidas.

4 — CONCLUSÃO

De tudo que se viu, leu e examinou verificou-se que pouco trouxe o Direito Positivo do Brasil e de quase todas as demais nações nesse campo de inseminação artificial.

Muito fez a doutrina, muito fez a jurisprudência. Contudo, o legislador deverá cobrir essas omissões, evitando com isso as perplexidades e incertezas que as lacunas de leis poderão acarretar.

O legislador terá que se apressar, evitando o que se previu num trecho da Moção de Nova Friburgo, resultante do I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários:

"A vertiginosa velocidade imprimida ao progresso científico na última década levou o homem, em saltos extraordinários, a um desenvolvimento inimaginável, transformando fantasias em surpreendente realidade e vivificando as mais estranhas ficções. É preciso, pois, correr e correr muito, para que o nosso tempo não nos passe à frente. Se nos quedarmos em velhas contemplações, se estancarmos em refinados debates, se nos entregarmos a profundas abstrações, — perderemos a oportunidade de realizar o presente, construiremos no passado, não alcançaremos as necessidades de nossa geração".

Julgamos que ainda não é tarde para legislar sobre o presente.