

Sôbre inseminação artificial humana *

Octanny Silveira da Mota

Consideração geral

Combater a esterilidade e assegurar progênie sã constituem problemas que o homem defronta há séculos.

A Eugenia tem procurado atingir seus fins através de procedimentos marcados por sentido negativo (buscando impedir o casamento de prováveis portadores de recessivos prejudiciais, opondo obstáculos à união de portadores de moléstias contagiosas, desaconselhando casamento de pessoas, como os alcoólatras crônicos, incapazes de educar convenientemente os filhos).¹ Enquanto a esterilidade — vista sempre como desgraça pessoal e calamidade social — vem sendo, modernamente, combatida por métodos terapêuticos e cirúrgicos.

A inseminação artificial, de prática recente, apresenta-se, a um tempo, como arma contra a esterilidade e recurso eugênico — propõe-se proporcionar a casais infecundos filhos que lhes pertençam ao menos “a meio” e atribui sentido afirmativo à Eugenesia, abrindo-lhe caminho para atuação positiva.

A Eugenia, disse-o JIMÉNEZ DE ASÚA, “além de seu aspecto genuinamente social, oferece faceta médica de inquestionável importância e apresenta lado jurídico de

* Trabalho apresentado na Cadeira de Criminologia do Curso de Doutorado.

1. ver A. ALMEIDA JR., *Lições de Medicina Legal*; Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1948; pág. 252/253.

subida transcendência”;² e, com efeito, a utilização da técnica nova não se faz sem consequências jurídicas, com as quais, aliás, já se têm preocupado doutrinadores e tribunais.

Justifica-se, pois, a nosso ver, a meditação do assunto, que temos o propósito de considerar frente ao direito penal brasileiro.

Inseminação artificial e fecundação artificial não correspondem, cientificamente, ao mesmo fenômeno, embora as duas expressões sejam usualmente empregadas como sinônimas. Estritamente, só a inseminação pode ser artificial; a fecundação é sempre natural e os que lhe chamam artificial pretendem apenas significar que não resultou de conjunção carnal, ou seja, que foi produto de inseminação artificial.

Consiste esta em introdução de semen nos órgãos genitais femininos por meio diverso do contacto sexual ou “é a deposição de semen na vagina, canal cervical ou útero da mulher, por meio de instrumentos”.³

A ela se recorre quando impossível à mulher fértil conceber de seu marido, por via de cópula carnal. Remédio específico, seu uso deve ser precedido por exame do aparelho genital, tanto do homem como da mulher, a fim de identificar e, se possível, remover anomalias físicas responsáveis pela infecundidade; acompanharão tal exame procedimentos ordenados a eliminar eventuais barreiras psicológicas a uma união efetiva e, se, afinal, aconselhada a inseminação artificial, deverão anteceder-las testes de fecundidade.

O processo de inseminação artificial é indolor e inofensivo, importando, porém, observar condições rigorosas

2. LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Liberdade de amar e direito a morrer*, tradução portuguesa de Benjamin do Couto, Liv. Clássica Editora, Lisboa, 1929 pág. 19.

3. *Artificial human insemination*, Report of a conference held in London, on the auspices of the Public Morality Council; Wm. Heinemann Medical Books Ltd., Londres, 1948; pág. 1.

de assepsia e devendo-se fazê-lo coincidir com a fase ovulatória, por ser esta a mais favorável à fecundação. A técnica elementar — pelo menos da inseminação vaginal — pode ser facilmente ensinada ao leigo, muito embora a presença do médico seja sempre aconselhável, em face da eventualidade de contra-indicações.

O fluido seminal pode provir do próprio marido ou de terceiro; a primeira hipótese é a de auto-inseminação (denominação imprópria, mas generalizada), inseminação artificial homóloga, ou, como lhe chamam os autores de língua inglesa, A.I.H. (“artificial insemination by husband”) e a segunda, a de hétero-inseminação, inseminação artificial heteróloga, ou A.I.D. (“artificial insemination by donor”).

A inseminação artificial vaginal é a mais simples, a ela se apelando em caso de impotência “coeundi” masculina; trata-se de mera introdução de esperma na vagina da mulher. Nos casos de inseminação artificial cervical ou uterina, o procedimento pode ser ou não precedido de congresso sexual com a própria recipiente; se o fôr, o esperma será colhido na vagina da mulher e projetada mais profundamente, a fim de permitir que os espermatozoides se aproximem do óvulo.

Por ocasião de simpósio realizado em Londres, em 1946, para discutir problemas ligados à inseminação artificial humana, a médica inglesa MARY BARTON declarou — e foi a única a fazê-lo — que há cinco anos vinha realizando inseminações artificiais e, expondo sua maneira habitual de agir, esclareceu que, antes de tudo, buscava assegurar-se da estabilidade do casal interessado; explicava-lhe, depois, as consequências jurídicas do ato e insistia na importância de mantê-lo secreto; obtido consentimento escrito do casal, passavam a ter lugar os testes de fertilidade da mulher e a procura de um doador. Entre êste — de preferência homem casado, com instinto de família satisfeito — e o casal, somente se estabelecem relações

através do médico, que apenas proporciona a um e outro informações imprescindíveis, não sendo dado a conhecer ao doador o êxito ou malogro da tentativa.⁴

Como cautelas acessórias para manutenção do segredo, tem-se recomendado que a inseminação se faça em consultório médico, entre outras consultas e que o doador escolhido dentre pessoas de características físicas semelhantes às do marido e pertença ao mesmo grupo sanguíneo.

Com preocupação de evitar dificuldades para os intervenientes em inseminação artificial heteróloga, SEYMOUR, nos Estados Unidos, preconizou um ato notarial, segundo modelo abaixo, pelo qual marido e mulher dão fé de seu acôrdo quanto ao procedimento:

“Consentimento para inseminação artificial”

a) Eu, . . . abaixo assinado, domiciliado em . . . , de livre e espontânea vontade, solicito ao dr. . . . que insemine artificialmente minha mulher, com esperma de homem, escolhido pelo dr. . . .

Faço tal solicitação com pleno conhecimento e inteira concordância de minha mulher, cuja autorização é dada a seguir.

O pedido é feito por não me ser possível procriar, por estarmos, minha mulher e eu, extremamente desejosos de ter um filho e porque nossa felicidade e o bem estar de minha mulher ver-se-ão, dêsse modo, favorecidos.

Impressões digitais do marido (os dois polegares)

Data e Assinatura
(firma reconhecida)

4. *Artificial human insemination*, citado; pág. 54/46.

- b) Eu, abaixo assinado, tabelião em ...
certifico que, em data de hoje, compareceu
ante mim o sr. . . ., meu conhecido, que
reconheço como a pessoa acima assinada e
que me pôs a par do que se refere a exe-
cução do consentimento supra.

Data e assinatura.

- c) Eu, abaixo assinada, subscrevo o pedido
supra de meu marido e autorizo o dr.
a inseminar-me artificialmente com esperma
de homem, escolhido pelo dr.

Data e assinatura
(firma reconhecida)

Impressões digitais da mulher (os dois
polegares)

- d) o tabelião certifica novamente.⁵

Para proteção do doador, pensa WEISMAN ser prudente que o documento assinado pelos cônjuges contenha declaração eximindo-o de responsabilidade. E aconselha ainda que o doador casado obtenha consentimento da mulher.^{5-A}

O Código Sanitário da cidade de Nova Iorque (que é de 1947 e sofreu alterações em 1950) consigna disposições relativas à hétero-inseminação, que julgamos de interesse reproduzir por completo e que se referem às cautelas de ordem médica de que o procedimento deve cercar-se:

“Regras disciplinadoras do fornecimento de fluido seminal para inseminação artificial humana”

Regra 1.^a — A pessoa, cujo fluido seminal vá ser colhido para fins de inseminação artifi-

5 e 5A. RAYMOND RAMBAUR, *El drama humano de la inseminación artificial*, versão espanhola de B. CORDON BONET; Impressiones Modernas S.A., México, D. F. 1953; pág. 53/54.

cial humana, deve, por ocasião de tal colheita, submeter-se a exame médico completo, com atenção particular aos órgãos genitais.

Regra 2.^a — Tal pessoa deve submeter-se a exame serológico padrão, com vistas à pesquisas de sífilis e gonorréia, não menos de uma semana antes da colheita do fluido seminal.

Regra 3.^a — Não se admitirá como doador de fluido seminal, para fins de inseminação artificial humana, quem sofra de qualquer moléstia venérea, de tuberculose ou de infecção por micróbio da brucela.

Regra 4.^a — Não se admitirá como doador de fluido seminal, para fins de inseminação artificial humana, quem seja portador de qualquer defeito ou doença sabidamente transmissível por hereditariedade.

Regra 5.^a — Antes de se realizar a inseminação artificial, tanto o futuro doador como a futura recipiente devem ter seus sangues examinados por um laboratório de serologia, reconhecido pelo Comissário ou Junta de Saúde, para fins de pesquisa do fator Rh. Se a futura recipiente tiver Rh negativo, só será usado, para inseminação artificial, semen de homem que tenha também negativo aquele fator.

Regra 6.^a — Quando a inseminação artificial humana se realizar, o médico responsável anotarà:

1. o nome do médico;
2. o nome e endereço do doador;
3. o nome e endereço da recipiente;
4. o resultado dos exames clínicos e serológicos inclusive os relativos ao fator Rh.;
5. a data da inseminação artificial.

Esses registros serão considerados confidenciais e só exibidos ao Comissário de Saúde, a

representantes da Junta de Saúde e demais pessoas autorizadas por lei. Nenhuma delas poderá, a não ser nos casos previstos em lei, divulgar quaisquer informações que permitam identificar o homem ou a mulher partes de uma inseminação artificial”.⁶

Vê-se, portanto, que, a par de discussão teórica do assunto, já há preocupação com as consequências práticas de seu emprêgo e com sua regulamentação.

Passos iniciais num campo novo.

Resenha histórica

O homem, ao que se presume, desconheceu, por largo tempo, o vínculo genético da paternidade,⁷ e êsse fato explicará, talvez, o tardio aparecimento do processo, aparentemente imediato, de inseminação artificial.

Reveste contornos de lenda a afirmativa de que os árabes, já no século XIV, teriam usado meios artificiais para a reprodução de cavalos de raça. Comprovadamente, foi em fins do século XVIII que o abade LAZARO SPALLANZANI, biólogo italiano, obteve o primeiro êxito com espécie vivípara, promovendo, por inseminação artificial, a fecundação de uma cadela. Dessa forma — e era seu objetivo — destruía êle a teoria do “aura seminalis”, provando que a fecundação decorre do contacto direto entre elementos ontogênicos masculino e feminino.

A possível aplicação do experimento ao homem não passou despercebido a ROSSI, contemporâneo de SPALLANZANI⁸. E, com efeito, ainda no século XVIII (por volta

6. Citado por GLANVILLE WILLIAMS, *The sanity of life and the criminal law*; Alfred A. Knopf, publisher, N. Y. 1957, pág. 125/126.

7. A. ALMEIDA JR., *Paternidade*; Cia. Ed. Nacional, S. P. 1940; cap. V.

8. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 13/14.

de 1790, em 1795, em 1799, segundo diferentes fontes de informação) registra-se o primeiro caso de inseminação artificial humana — inseminação homóloga praticada pelo médico inglês JOHN HUNTER, utilizando semen de um marido impossibilitado de procriar, porque afetado de uma deformidade da uretra (hipospadia).

No século XIX a inseminação artificial não encontrou, ao que parece, ambiente favorável para expandir-se: RAMBAUR cita casos esparsos, assinalando, que, em geral, se aludia ao método para reprová-lo.⁹ Não obstante, o processo novo recebe a valiosa ajuda indireta dos descobrimentos de GREGORIO MENDEL, frade agostiniano, que, com suas memoráveis experiências sobre ervilhas, realizadas entre 1857 e 1864, lançou as bases da Genética, abrindo perspectiva ampla para o emprêgo da inseminação artificial.

Sòmente no século XX, entretanto, e próximo de nossos dias, começou a fazer-se comum a inseminação artificial da mulher, especialmente em países nórdicos, anglo-saxões e na Rússia. Há também notícias de sua prática na França e na Itália.¹⁰

Na Suécia, a inseminação artificial heteróloga depende de autorização de órgão administrativo; cogita-se, porém, de lei para discipliná-la, dado o vulto que vem assumindo: entre 1.º de julho de 1945 e 1.º de julho de 1947, foram feitos 417 pedidos de autorização deferidos 122.¹¹

Referindo-se aos Estados Unidos e Inglaterra, diz GLANVILLE WILLIAMS, que nesses países, “vários milhares de casamentos estéreis já se fizeram férteis por êsse meio.¹²

Na Inglaterra, no simpósio já citado, promovido pelo “Public Morality Council” de Londres, em 1946, a médica

9. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 14.

10. M. IGLESIAS, *Abortos, eutanasia y fecundación artificial*, Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona, 1954; pág. 208.

11. RAYMOND RAMBAUR, pág. 44, nota. 3.

12. GLANVILLE WILLIAMS, o.c. pág. 113.

MARY BARTON, após a exposição a que atrás aludimos, estimou em trezentas as inseminações heterólogas realizadas naquele país, entre 1941 e 1946 e em milhares as inseminações homólogas ocorridas no mesmo período.¹³ Na mesma ocasião, o médico J.V. O'SULLIVAN fêz rápida alusão aos casos de inseminação artificial registrados, pondo em evidência o crescente emprêgo de processo.¹⁴

Nos Estados Unidos, ganhou êle difusão inesperada por ocasião da Segunda Guerra Mundial: numerosas esposas de combatentes foram inseminadas com esperma trazido das frentes de batalha. E diz RAMBAUR, reportando-se a informações da imprensa, que os planos do govêrno americano, para a eventualidade de um novo conflito, incluem a criação de um "Serviço de Inseminação Artificial" para atender aos desejos de casais que se separam.¹⁵

Em 1954, a revista "Time" calculava existirem, nos Estados Unidos, entre 10.000 a 40.000 "filhos de laboratório".

Há, naquele país, clínicas que se dedicam a chamada Eutelegenesia, ou seja, ao fornecimento de esperma para fins de inseminação artificial; tais clínicas anunciam suas atividades pelos jornais e selecionam fornecedores principalmente entre estudantes universitários.¹⁶ A última parte dessa referência é corroborada por RAMBAUR ao reproduzir palavras de um francês que descreveu suas impressões de viagem aos Estados Unidos (Felix Gran'Combe, "Tu viens en Amérique", P.U.F., 1949), anotando existir ali a curiosa profissão de mercadores de semen humano.

Relativamente à Espanha, diz M. IGLESIAS que a inseminação artificial constitui ali "questão antes teórica e debatida na esfera médica". Não obstante, são as seguintes as linhas que precedem essa afirmação:

13. *Artificial human insemination*, cit. págs. 45 e 48.

14. *Artificial human insemination*, cit. pág. 69.

15. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 16.

16. M. IGLESIAS, o.c., pág. 208.

“E, antes de continuarmos, convém acentuar que não se trata de assunto meramente hipotético e de uma sutileza. Se assim fôsse, pouparíamos nossos leitores e nós mesmos prescindiríamos de estudá-lo. Trata-se, porém, de realidade que abriu caminho em alguns países e da qual se fizeram eco certos setores de nossa Pátria. ”¹⁷

Acrescentemos que, na Espanha, normas deontológicas médicas condenam a prática da inseminação artificial, por estar “proibida pela moral cristã”.¹⁹

No que se refere ao Brasil, encontramos referência a três casos apenas. O primeiro dêles foi objeto de parecer do Prof. JOÃO ARRUDA¹⁹ os outros dois são relatados pelo Prof. ALMEIDA JR..²⁰

Com relação a nosso país, aliás, cremos que não só a prática, mas até a possibilidade mesma da inseminação artificial é, em geral, desconhecida.

O processo novo, ao que parece, encontrou terreno mais propício para expandir-se em países predominantemente não-católicos; certamente porque foi o catolicismo a única religião a pronunciar-se categoricamente contra o método artificial de procriação.

Mesmo, entretanto, nas regiões que o acolheram, sua expansão tem parecido mais viável aos que o discutem em plano teórico — seja para exaltá-lo, seja para combatê-lo; os que o têm tratado praticamente não vêm perspectivas muito largas de difusão. Tal é o caso da já citada dra. MARY BARTON:

17. M. IGLESIAS, o.c., pág. 207/208.

18. EUGENIO CUELLO CALLÓN, *Tres temas penales*, Bosch Casa Editora, Barcelona, 1955, pág. 196.

19. Revista dos Tribunais 26/253, 1918.

20. A. ALMEIDA JR., *Paternidade*, cit. pág. 153, nota 158.

“não posso acreditar que, em quaisquer circunstâncias, ela (a inseminação artificial) venha a tornar-se prática generalizada, pois me parece que é, essencialmente, algo que vai ao encontro de necessidades individuais esporádicas”.²¹

Outra médica, JOAN MALLESON, falando após a dra. MARY BARTON, na mesma reunião, assim se manifestou:

“Embora, em face de uma discussão como esta, alguém possa pensar que haja muitos médicos ensejando oportunidade de inseminação artificial a casais sem conta, na verdade é extremamente reduzido o número de casos de esterilidade passíveis dêsse tratamento: somente pequeno número de casos é refratário a outras formas de tratamento e um número ainda menor está emocionalmente apto para a inseminação artificial”.²²

A propósito das técnicas dominadas, lembremos, em campo filosófico, palavras de YVES SIMON:

“Voltando, agora, às técnicas consideradas concretamente, i.é. com as propriedades de que se revestem em virtude de sua existência na sociedade, examinaremos, em primeiro lugar, a questão do uso em oposição ao não-uso. Pode-se evidenciar a significação dêsse problema comparando-se a técnica com êsse outro produto da civilização, tão amplamente distinto, que é a metafísica. O futuro da metafísica é inteiramente incerto, já as disciplinas que visam assegurar o domínio sôbre a natureza física despertam de tal modo o interêsse do homem e susci-

21. *Artificial human insemination*, cit. pág. 47.

22. *Artificial human insemination*, cit. pág. 68.

tam forças históricas de tal monta que... sua queda em desuso ou a suspensão de seu progresso e da conquista de novos campos, são hipóteses altamente improváveis. A tendência positiva das técnicas vigora em três sentidos: implica (1) que o conhecimento de assuntos técnicos jamais se extinguirá, antes será mantido e em crescente progresso; (2) que não permanecerá no plano teórico, mas será constantemente aplicado a transformação da natureza; e (3) que os produtos dessa transformação não ficarão inaproveitados, mas serão utilizados pelo homem.²³

Parecem-nos inteiramente aplicáveis à inseminação artificial as duas primeiras asserções do autor francês; cremos, entretanto, que devam ser aceitas dentro da perspectiva aberta pelas anteriores declarações das médicas inglesas. Com efeito, a função procriadora é algo que toca muito profundamente o homem para que êle se disponha a abdicar dela; só o fará, compelido. Por isso mesmo, acreditamos que os esforços da Medicina dirigir-se-ão, prevalentemente, no sentido de reduzir os casos em que a inseminação artificial apareça como solução única. E a só empregá-la em tal circunstância, afastando visões à maneira da que pinta ALDOUS HUXLEY em seu "Admirável mundo novo".

Pró e contra

A inseminação artificial, vindo abalar convicções milenares e comprometer juízos havidos por indestrutíveis, desconcerta o homem e divide as opiniões.

São de vária ordem os argumentos que se expendem a favor e contra o processo artificial, cumprindo fazer notar,

23. YVES SIMON, *Filosofia do governo democrático*, tradução portuguesa de EDGARD GODOI DA MATA MACHADO; Liv. Agir Ed. Rio, 1955, pág. 260.

desde logo, que a inseminação homóloga, como seria de esperar, levanta menores objeções.

No método artificial heterólogo vêem, alguns, golpe mortal contra o matrimônio, enquanto outros enxergam meio de consolidá-lo. E êstes argumentam, comumente, com exemplos tirados da última guerra mundial — se um acidente ou ferimento faz o marido impotente ou estéril, a solução não está no divórcio, mesmo quando o país o admite, mas na inseminação artificial, que evitará separações.

Condescender com a inseminação heteróloga, diz o professor inglês E. O. JAMES, seria comprometer a relação marido-mulher e regredir no tempo, tornando à época das sociedades matriarcais; com a agravante de que, agora, não apenas teórica, mas efetivamente o marido permaneceria alheio ao processo da procriação.²⁴

E assim se veria o marido envilecido e inclinado a enxergar na criança, a todo tempo, a incarnação de seu fracasso e sua vergonha; e, por seu lado, a mulher tenderia a sentir-se responsável exclusiva pelo filho e dona única de seu afeto, inconvenientes aos quais se juntariam as consequências indesejáveis de estar sua imaginação constantemente voltada para a figura do desconhecido doador.

Tais asserções, por certo, não pareceriam evidentes a BERTRAND RUSSEL, que, referindo-se às sociedades matrilineares, caracterizadas pelo desconhecimento do papel biológico do pai, e citando MALINOWSKI, diz acreditar que o afeto de um adulto por uma criança independe de consciência de paternidade.²⁵

E caberá talvez supor que seja maior a afeição — embora as variações individuais devam, neste ponto, ser grandes — quando espontâneamente o marido consentiu

24. *Artificial human insemination*, cit., pág. 22/24.

25. BERTRAND RUSSEL, *O casamento e o moral*, trad. portuguesa de WILSON VELOSO. Cia. Ed. Nac., S. Paulo, 1956, Pág. 19/20.

na inseminação da espôsa. Tal fato só poderá elevá-lo na admiração dela, bastando, para tanto, que a mulher seja capaz de avaliar a atitude e compreender o desejo de seu cônjuge de permitir-lhe satisfação de instinto profundo, como forma de comunicar solidez à família. A propósito diz GLANVILLE WILLIAMS que a Comissão destinada pelo Arcebispo de Canterbury para estudar assuntos relacionados com a inseminação artificial concluiu que esta é em breve esquecida pelos que dela se valem, assumindo marido e mulher, rapidamente, o papel de pais comuns.²⁶

E tal se dá, afirma-se, porque a paternidade não é apenas função biológica, mas também social, não sendo impossível a esta superpor-se àquela, levando a olvidá-la.

Exatamente do ponto de vista do interesse social, tornam os contraditores, é que se deve condenar a hétero-inseminação, pois dela podem resultar uniões incestuosas — quando o doador tenha para com a recipiente relação próxima de parentesco, ignorada pelo médico, ou quando o “filho de laboratório” venha a casar-se com parente próximo.

Tais inconvenientes existem sem dúvida, contesta-se, mas não devem ter exagerado seu alcance. Como medida acauteladora — embora de eficácia limitada e, assim mesmo, discutível — recomenda-se que os doadores sejam procurados em lugares distantes daqueles em que reside a mulher a ser inseminada. E recordam-se lições, como a ministrada por AFRANIO PEIXOTO:

“A consanguinidade seria nociva à descendência, degenerando a raça. Os inquéritos a respeito não confirmam tais presunções. Verificou-se que, nos animais e no homem, quando os progenitores eram sãos, os filhos eram perfeitos. Quando tarados, naturalmente, as degenerações somavam-se na descendência...

26. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 142.

O receio da consanguinidade não procede da ciência, para pureza e perfeição da raça. É exato que os parentes próximos têm as mesmas taras, que se somam. *Mas não é o mal serem parentes, senão serem tarados.* Em vez de cega, continuando o tabu primitivo, a lei devia impedir, ou restringir, o casamento de degenerados, parentes ou não”.²⁷

Ouvida essa lição, perde em importância a objeção de fecundação de mulher por esperma de parente próximo, dadas as circunstâncias em que a inseminação é levada a efeito, i.é. com a realização de exames clínicos e serológicos e observância das cautelas tôdas que a medicina possa aconselhar.

Quanto à possibilidade de, o ser, produto de inseminação artificial vir a casar-se com parente próximo, digamos, ainda, que não se trata de problema inédito — na mesma situação se encontram os filhos naturais, os ilegítimos e os adotivos. E o risco parece demasiado leve — consideradas as condições atuais de vida, que facilitam grande mobilidade do homem — para servir de base ao repúdio da inseminação artificial.

Contrariamente à hétero-inseminação, manifestou-se a Academia de Ciências Morais e Políticas de Paris aos 9 de maio de 1949, aludindo a objeções já aqui mencionadas e levantando, como questão nova, a de ser o consentimento, em tais casos, comprometido pelo estranho do procedimento.²⁸ No que se refere à impossibilidade de avaliar, em sua integral extensão, o alcance da anuência, recordemos palavras do Papa Pio XII, pronunciadas em setembro de 1958, ante os membros do VII Congresso Internacional de Hematologia, realizado em Roma, ocasião

27. AFRANIO PEIXOTO, *Novos rumos da Medicina Legal I*, Ed. Guanabara, Rio, sem data, pág. 13/14 e 23.

28. RAYMOND RAMBAUR, o.c.

aliás em que a Igreja reiterou — pois já se havia manifestado — condenação da inseminação artificial.

“O homem, com efeito, não tem sempre intenção de fazer o que resulta de sua ação, mesmo quando a previu”.²⁹

Admitamos, pois, que a impossibilidade de avaliar totalmente as consequências de seus atos é fatalidade a que está sujeito o homem — e não só no que se refere especificamente ao consentimento para a hétero-inseminação.

Quanto a ser o consentimento dado quando “as faculdades de apreciação dos interessados estão, a miudo, surpresas e de alguma maneira desconcertadas”, como diz a Academia, é algo que não se coaduna com a seguinte observação de RAMBAUR:

“Nos Estados Unidos, uma organização nacional, que subvenciona a luta contra a esterilidade involuntária e que interrogou 5.164 médicos que haviam praticado inseminação artificial, comunica que 1.115 deles informaram nada haver conseguido (mas 740 só haviam atuado uma vez e 11, duas vezes) e 4.049 comunicaram resultados positivos, tendo 1.357 mulheres tido mais de um filho, graças à intervenção: na maioria dos casos, o número de injeções necessárias não foi inferior a 12 e chegaram, às vezes, a 62”.³⁰

O texto acima permite observar que o fato de a mulher, para conseguir ver-se artificialmente inseminada, necessitar, comumente, receber várias, às vezes dezenas de

9. O Estado de São Paulo, número de 16 de setembro de 1958.

30. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 40.

injeções de esperma, aliado à circunstância de tais injeções se fazerem de preferência na fase ovulatória, que é relativamente curta, obriga o procedimento a prolongar-se no tempo e, se não afasta, enfraquece, ao menos, a idéia de precipitação; na verdade, traz, antes, a idéia de deliberação e firmeza. E notemos, ainda, que 1357 mulheres referidas no inquérito deram à luz mais de um filho, por via de inseminação artificial — prova de que o método trouxe não males, mas satisfações.

Consideramos importante êsse aspecto: a paternidade e a maternidade conscientes, como decorrência de inseminação artificial. Não o filho indesejado, não o “acidentecriança”, mas o filho querido e esperado. Parece-nos ser êste um lado positivo da inseminação artificial, digno de consideração, pois favorável tanto ao ser futuro como ao casal, possibilitando a real existência de uma família e de alegrias que, de outra forma, lhe estariam vedadas.

Quanto à inseminação artificial homóloga, parece lícito afirmar que somente a Igreja Católica lhe opõe restrições claras, na forma que referiremos adiante.

Posições religiosas

Ante os problemas suscitados pela inseminação artificial humana, têm-se manifestado, recentemente, diversas confissões religiosas.

Assinala RAMBAUR que a lei mosaica perfilhava o levirato, que lembra, de perto, a hétero-inseminação. Consistia o levirato na fecundação da cunhada, viuva e sem filhos, pelo irmão do morto, a fim de assegurar continuidade à estirpe dêste.

O levirato, que devia ser exercido com observância da ordem de nascimento, o irmão mais velho excluindo os outros, é estabelecido no Deuteronômio, xxv, 5-6, sob o título: “A obrigação de um homem casar com a viuva de seu irmão”. Nos versículos citados lê-se:

“5. — Quando alguns irmãos morarem juntos e algum dêles morrer e não tiver filhos, então a mulher do defunto não se casará com homem estranho de fora; seu cunhado entrará a ela e a tomará por mulher e fará a obrigação de cunhado para com ela.

“6. — E será que o primogênito que ela der à luz estará em nome de seu irmão defunto; para que seu nome não se apague em Israel”.

E no Gênesis (xxviii, 28 e sgts.), a história de Judá e Tamar ilustra a instituição do levirato.

A propósito do levirato, disse o reverendo dr. T.G. DUNNING, no já várias vêzes citado simpósio, realizado em Londres:

“Duas observações bastarão (acerca do levirato). Em primeiro lugar, o fato de êsse costume ter-se estendido tanto e prevalecido por tão longo tempo, chegando a merecer acolhida por parte da religião, demonstra quão profunda era a compaixão pelo casal sem filhos... Contudo, o costume caiu em desuso e o fato de isso ter sucedido, não obstante o apoio da tradição e da lei, deve atribuir-se principalmente ao despertar da consciência e à afirmação do indivíduo como tal”.³¹

O texto bíblico não justifica a afirmativa de que o levirato deitasse raízes na compaixão pelo casal sem filhos; sua razão de ser declarada era outra. Mas é certo que o costume não mais se observa.

A atual posição israelita é a de afirmar que a lei mosaica se opõe fundamentalmente à hétero-inseminação, que equipara ao adultério.³²

31. *Artificial human insemination*, cit., pág. 72.

32. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 173.

Com respeito à inseminação homóloga, já não ocorre unanimidade; uns a repelem,³³ aceitam-na outros.³⁴

“As igrejas protestantes não se mostraram fortemente contrárias à inseminação artificial e são muitos os protestantes que a aceitam.³⁵ Essa afirmativa de GLANVILLE WILLIAMS só poderá ser acolhida se a referirmos apenas à auto-inseminação, caso em que viria confirmar palavras do pastor GEORGES MARCHAL, de Paris, segundo o qual a teologia protestante não deveria, por princípio, repelir a inseminação homóloga, quando julgada medicamente indispensável para a fecundação.

RAMBAUR, que lembra essas palavras, lembra também declaração de membros da Faculdade de Teologia de Upsala, Suécia, para os quais é insensato que a mulher partilhe com terceiro a tarefa mais alta que lhe cabe como esposa — a maternidade.³⁶

No simpósio realizado em Londres, a propósito de inseminação artificial humana, ao qual já mais de uma vez aludimos, o reverendo G.L. RUSSEL, falando como anglicano, embora não em nome da Igreja da Inglaterra, fêz restrições à hétero-inseminação, manifestando-se, porém favoravelmente à inseminação homóloga.³⁷

Na mesma ocasião, o rev. RUSSEL fêz referência a estudos que vinham sendo realizados por uma comissão nomeada, em 1945, pelo Arcebispo de Canterbury e objetivavam permitir pronunciamento oficial da Igreja Anglicana. Do resultado desses estudos nos informa GLANVILLE WILLIAMS:

“Essa comissão. adotou o ponto de vista católico a propósito da hétero-inseminação, condenando-a como adultério, ou, pelo menos, como conduta não condizente com a “natureza do

33. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 175.

34. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 131/132.

35. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 131.

36. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 169.

37. *Artificial human insemination*, cit. pág. 55.

casamento” e indo adiante, até o ponto de sugerir que (diversamente do adultério “tradicional”) fôsse considerada crime”.³⁸

A Igreja Católica manifestou-se pela primeira vez, a propósito de inseminação artificial, em 1897, quando papa LEÃO XIII, e o pronunciamento limitou-se a um lacônico “Non licere”. Em 1930, o Papa Pio XI, na Encíclica “Casti Connubi”, refere-se indiretamente ao assunto, ao estender considerações sôbre o matrimônio cristão. Manifestação clara da maneira de ver católica deve-se, entretanto, ao Papa PIO XII, ao dirigir, em 29 de setembro de 1949, alocução aos membros do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos:

“Eis que se põe em primeiro plano uma questão que reclama, com não menos urgência do que as outras, a luz da doutrina moral católica: a fecundação artificial. Não podemos deixar passar a presente ocasião sem indicar brevemente, em traços largos, o juízo moral que se impõe nessa matéria:

1. A prática da inseminação artificial, desde que se trata do homem, não pode ser considerada exclusivamente, nem mesmo principalmente, do ponto de vista biológico e Médico, esquecendo-se o lado da moral e do direito.

2. A fecundação artificial fora do matrimônio há que condená-la pura e simplesmente, como imoral. A lei natural e a lei divina positiva exigem, com efeito, que a procriação de uma nova vida só ocorra como fruto do matrimônio. Só o matrimônio salvaguarda a dignidade dos esposos (da mulher principalmente, no caso que nos ocupa), seu bem pessoal. Em si, só êle provê ao bem e à educação do filho. Por conse-

38. GLANVILLE WILLIAMS, o.c. pág. 130/131.

guinte, sôbre a condenação da fecundação artificial fora do matrimônio não é possível nenhuma divergência de opinião entre católicos. O filho concebido nessas condições seria, por isso mesmo, ilegítimo.

3. A fecundação artificial no matrimônio, mas produzida pelo elemento ativo de um terceiro é, igualmente, imoral e, como tal, reprovável sem apelação. Só os esposos têm direito recíproco sôbre seus corpos, para engendrar uma vida nova, direito exclusivo, intransferível, inalienável. E deve ser assim, em consideração ao filho. A quem quer que a vida dê a um pequeno ser, a Natureza impõe-lhe em virtude dêsse laço, a carga de sua guarda e educação. Mas entre o marido legítimo e a criança, fruto do elemento ativo de um terceiro (inda que o marido consentisse) não existe qualquer laço de origem, nenhum laço moral e jurídico de procriação conjugal.

4. Quanto à licitude da fecundação artificial no matrimônio, basta, no momento, lembrar princípios de direito natural: o simples fato de que o fim desejado se obtenha por lógico nos esposos, de ter um filho não basta para provar a licitude do recurso à fecundação artificial, que realizaria êsse desejo. Seria falso pensar que a possibilidade de recorrer a êsse meio pudesse tornar válido o matrimônio entre pessoas inaptas para contrai-lo, por casusa do “*impedimentum impotentiae*”. Por outro lado, é supérfluo observar que o elemento ativo jamais pode ser obtido licitamente com recurso a atos contra a natureza. Embora não se possa, “*a priori*”, excluir novos métodos só por causa da novidade, contudo, no que respeita à fecundação artificial, não apenas importa extrema reserva, como ainda é absolu-

tamente necessário afastá-la. Ao falar assim, não se proscreeve, necessariamente o emprêgo de meios artificiais destinados a facilitar o ato natural ou levar a atingir os fins do ato natural normalmente realizado. Que não se esqueça: só a procriação de uma nova vida, segundo a vontade e o plano do Criador, eleva, a grau surpreendente de perfeição, a realização dos objetivos perseguidos. Está conforme, ao mesmo tempo, com a natureza corporal e espiritual e com a dignidade dos esposos e com o desenvolvimento normal e feliz do filho”

Em síntese, se, para a Igreja Católica, a hétero-inseminação é, em qualquer hipótese, condenável, a auto-inseminação só o será se o processo de obtenção do fluido seminal lesar princípios admitidos.

Julgamos de interêsse referir, rapidamente embora, a posição assumida por católicos, protestantes e israelitas frente à inseminação artificial, por acreditar que essas manifestações — quando e onde o problema se fizer atual — influenciarão a aceitação ou repulsa da sociedade ao método novo e repercutirão, portanto, em sua possível capitulação penal.

A inseminação artificial — ilícito penal?

Em seu livro “Três temas penales”, CUELLO CALLÓN, após referir-se à escassa atenção que, por parte dos penalistas, têm merecido as questões levantadas pela inseminação artificial — o que se explicará, talvez, por seu alcance ainda reduzido —, passa a examinar o assunto frente ao direito positivo espanhol, fazendo êsse exame abranger respostas a duas indagações:

“A fecundação artificial enquadra-se em alguma das figuras de delito previstas em nossa

legislação penal? Em caso negativo, devem ser criadas uma ou várias figuras delituosas que a prevejam e castiguem?.³⁹

Referindo-se, especialmente, a autores espanhóis, CUELLO CALLÓN assinala que, em maioria, inclinam-se êles por admitir que a inseminação artificial inclui-se entre os delitos contra a honestidade, nos crimes contra os costumes de nossa legislação. As figuras a que se costuma especificamente aludir são as do estupro, atentado violento ao pudor e ato obsceno. Não são poucos, também, os que afirmam implicar a inseminação artificial heteróloga em adultério, devendo como tal ser punida.

Inseminação artificial e estupro

A afirmativa de que a inseminação artificial, ocorrendo sem o consentimento da mulher, configuraria estupro, não parece sustentável, face aos termos de nossa lei.

Estupro é a rúbrica lateral do art. 213 de nosso Código Penal, que assim se inscreve: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

A conjunção carnal é, pois, elemento do crime e, buscando esclarecer o significado dessa expressão, a doutrina e a jurisprudência têm-se mostrado concordes com o entendimento que podemos exemplificar transcrevendo NELSON HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA:

“Por *conjunção carnal*, em face do Código, entende-se a conjunção *sexual*, isto é, a cópula “*secundum naturam*”, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.⁴⁰

39. CUELLO CALLÓN, o.c. pág. 179.

40. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, *Comentários ao Código Penal*; Ed. Rev. Forense; Rio, 1956, vol. VIII, pág. 116.

E, em nota, HUNGRIA acrescenta:

“Não há estupro sem a “*introductio penis intra vas*”.⁴¹ “Nos termos de nossa lei... *conjunção carnal* significa exclusivamente *conjunção sexual*. Primeiramente, o art. 213 só considera como vítima do estupro a mulher... Em segundo lugar, pela sistemática de nosso Estatuto, verifica-se que “*conjunção carnal*” só se refere a cópula normal com mulher. Com efeito, no art. 215, a expressão é também usada e no parágrafo único eleva o Código a pena se a *conjunção* fôr realizada com virgem, indicando, assim, ter em vista, a cópula vagínica. No art. 217, ainda uma vez é empregado o vocábulo, e o artigo define o crime de *defloramento*”.⁴²

CUELLO CALLÓN, estudando a possibilidade de a inseminação artificial ser considerada estupro, examina a definição desse delito não só pelo código espanhol, como por vários outros estatutos, inclusive o brasileiro, e conclui:

“É, pois, critério universal na legislação penal que, sem comércio ou união carnal, não existe estupro; por conseguinte, a inseminação artificial, desprovida inteiramente do caráter de ato sexual, não pode, mesmo quando imposta à mulher de modo violento ou sem sua vontade, constituir um delito de estupro”.⁴³

41. Idem, Ibidem, pág. 116.

42. EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, Dos crimes contra os costumes*, Saraiva S/A, S. P., 1954; pág. 103/104, Grifos do original.

43. E. CUELLO CALLÓN, o.c. pág. 183.

Essa conclusão nos parece inteiramente válida. Não se podendo, nos termos da lei, identificar à conjunção carnal o processo de inseminação artificial, êste jamais dará lugar a que se configure o estupro.

CUELLO CALLÓN aventa, ainda, a hipótese de a inseminação artificial processar-se com uso de esperma recolhido na vagina da mulher, após cópula carnal. Nêste caso — é a conclusão do penalista espanhol — poderia configurar-se o estupro, conforme as circunstâncias de que se houvesse revestido a cópula, mas — ponto essencial — com inteira independência do fato de se ter seguido inseminação artificial.

Inseminação artificial e atentado violento ao pudor

Traçando as linhas do atentado violento ao pudor, buscou a lei proteger a inviolabilidade carnal, resguardando o indivíduo de atos libidinosos que possam feri-la. Pune o Código, no art. 214, o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com êle se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

À vista do conceito, importa esclarecer o significado da expressão “ato libidinoso”. Recorramos a HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA:

Diz o primeiro:

“Ato libidinoso é todo aquêle que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência”.⁴⁴

E o segundo:

“Ato libidinoso ou ato de libidinagem é via de regra, a ação inspirada pela concupiscência e

44. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, o.c., vol. cit., pág. 131.

destinada à satisfação do instinto sexual, nas suas proteiformes manifestações”.⁴⁵

A restrição posta pela expressão “via de regra”, acima usada por MAGALHÃES NORONHA, prende-se ao fato de êle filiar-se a corrente que entende possível a ocorrência de ato libidinoso e, portanto, de atentado violento ao pudor, inda quando o agente não seja movido por fim lúbrico ou impulso de concupiscência. Para êsse autor, a configuração do crime só depende da materialidade do ato.

Como quer que seja — exija-se ou não o propósito de o agente, como dizia o Código de 90, “saciar paixão lasciva” — não pode a inseminação artificial dar lugar a que se fale em atentado violento ao pudor. Com efeito — o raciocínio é de CUELLO CALLÓN e adaptável a nossa lei — se exige que o móvel do fim lúbrico, não há como enxergá-lo em procedimento que antes o exclui; se tal não se exige, ainda assim não se delinea o crime, pois a inseminação artificial, em sua materialidade, não pode ser identificada a um ato libidinoso.

Inseminação artificial e ato obsceno

O ato obsceno é previsto e punido pelo artigo 233 de nossa lei penal, que se inscreve no capítulo intitulado “Do ultraje público ao pudor”. Tutela o Código, através dêsse dispositivo, as regras de pudicícia que a sociedade acolhe e considera requisitos de moralidade mínima.

Segundo HUNGRIA:

“Diz-se *obsceno* o ato que atrita abertamente, grosseiramente com o sentimento do pudor ou com bons costumes”⁴⁶

45. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c., pág. 150.

46. HUNGRIA, CORTES DE LACERDA, o.c. vol. cit., pág. 308, Grifo do original.

E MAGALHÃES NORONHA precisa:

“O bem jurídico tutelado é o pudor sexual da sociedade, conseqüentemente o ato obsceno que o ofenda necessita ser *sexual*. Mas o qualificativo há de ser tomado em sentido amplo, para compreender não só os atos normalmente sexuais, como os seus equivalentes de cunho nitidamente sexual, ambos ofendendo o pudor público”⁴⁷

Para incriminação, exige ainda nossa lei que o ato seja praticado em lugar público ou aberto ou exposto ao público. E assim para que a inseminação artificial pudesse vir a ser punida como ato obsceno, far-se-ia mister a ocorrência da hipótese, extremamente improvável, de sua realização em público.

“ .mas ainda que tal se desse, que a fecundação artificial tivesse lugar em condições tais que ofendesse o pudor ou os bons costumes, como, por exemplo, se se tornasse visível a nudez da mulher, se fôsem perceptíveis à vista seus órgãos sexuais, existiria, sim, um delito de escândalo público, mas constituído por esta exibição indecente e obscena, de marcado caráter sexual e não pelo fato da intervenção fecundadora, que é de natureza bem diferente”.⁴⁸

Os delitos mencionados envolvem, todos — como, aliás, os demais, que se incluem no título VI de nosso Código Penal — ofensa ao pudor, quer pessoal, quer da coletividade. MAGALHÃES NORONHA diz mesmo que se poderia substituir sem desvantagem a denominação “crimes contra os costumes” por “crimes contra o pudor” e considera o significado desta última expressão mais acessível ao povo. Escreve êle:

47. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c., pág. 483/484.

48. E. CUELLO CALLÓN, o.c., pág. 187.

“Todos os delitos que compõem êste título têm como denominador comum, ofensa a êsse sentimento (o pudor) individual e social. Em qualquer dêles, a par de outros elementos, achar-se-á sempre êsse bem atingido ou lesado.⁴⁹

Essa observação põe claro o motivo que impede capitalizar a inseminação artificial entre os crimes contra os costumes, pois, e a indagação é de CUELLO CALLÓN:

“Como é possível incluir entre êles, no grupo dos delitos sexuais, uma intervenção com finalidade biológica desprovida por completo da qualidade e tendência sexual? Seja qual fôr a qualificação que a “inseminação artificial mereça, é possível conceber algo mais anti-sexual que ela mesma, coisa mais desprovida de lubricidade que seu “modus operandi?”⁵⁰

Inseminação artificial e adultério

A tendência dominante dos que viram na inseminação artificial procedimento a reclamar repressão penal foi equipará-la ao adultério. E já tivemos oportunidade de referir que uma comissão, nomeada pelo Arcebispo de Canterbury para estudar o assunto, sugeriu que “diversamente do adultério “tradicional” fôsse (a inseminação artificial) considerada crime”.

Adeptos dessa maneira de vêr opinaram que não é de ser exigido a conjunção carnal para que se aperfeiçõe o crime de adultério:

49. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c. pág. 103.

50. E. CUELLO CALLÓN, o.c., pág. 181.

“Sugerem o deão TALLIN e outros, cujas opiniões merecem grande consideração. . que a essência do adultério reside na entrega, por parte de uma pessoa casada, de seu poder ou faculdade reprodutiva a pessoa do sexo oposto, que não o cônjuge”.⁵¹

E RAMBAUR informa:

“A lei inglêsa. . não previu a inseminação artificial e sua relação com o adultério, mas a jurisprudência na Grã-Bretanha e domínios já teve ocasião de pronunciar-se. O Supremo Tribunal de Ontário, Canadá, sentenciou por adultério uma mulher que fôra inseminada artificialmente na Inglaterra, enquanto seu marido residia em Toronto (affaire ORFORT: decidiu pela ilegitimidade do filho e processou o doador como co-autor de adultério. Em outro caso submetido à justiça britânica (affaire RUSSEL) a fecundação por doador foi legalmente equiparada a adultério”.⁵²

Mostrou-se de acôrdo com essa orientação o Juiz GIBSON E. GMAN da Côte Superior de Chicago, ao sentenciar no caso DOORNBOS vs. DOORNBOS, em 13 de dezembro de 1954:

“Tendo sido movida ação de divórcio contra o marido, procurou êle ver reconhecidos seus direitos de visita ao filho do casal. Êste, contudo, era produto da inseminação artificial a que se submetera a mulher e na qual tivera parte um

51. H. A. HUBBARD, *Artificial insemination a reply to Dean Tallin*, artigo em *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXIV, n.º 4, Abril, 56, Pág. 448.

52. R. RAMBAUR, o.c., pág. 59/60.

doador. Provou-se que o marido consentira e estivera no consultório do médico, quando da inseminação.

A Côrte denegou o pedido de visita e declarou: “A inseminação artificial heteróloga (quando o fluido seminal é fornecido por um terceiro, ou doador) com ou sem consentimento do marido, é contrária a moralidade pública e aos bons costumes e constitui adultério da mulher”⁵³

Entretanto, na mesma cidade de Chicago, em 1944, o juiz MICHAEL FEINBERG havia repellido identificação de inseminação artificial ao adultério numa ação de divórcio, afinal concedido por “outras evidências incriminadoras”:

“Inseminação artificial, sentenciou êle, é legalmente insuficiente para decretação de divórcio com base em adultério” (TIME, 26.2.1945 — pág. 42).

Entre aquêles mesmos que vêem, na inseminação artificial, prática que deve ser penalmente perseguida, muitos são os que contestam a procedência de sua identificação legal ao adultério. Assim, fêz, por exemplo, H.A. HUBBARD, em artigo estampado em “The Canadian Bar Review”, escrito para contrariar parecer de G.P.R. TALLIN, deão da Escola de Direito de Manitoba, Canadá, publicado em número anterior da mesma revista. Ponto central da argumentação de HUBBARD é o de que a inseminação artificial não pode — e isso seria essencial para a sustentação do ponto de vista de TALLIN — considerar-se um tipo de conjunção carnal (porque não há o estímulo sexual, que é pré-requisito fisiológico da cópula; porque não há “immisio penis; porque a inseminação artificial não é apta a

53. *American Bar Association Journal*, vol. XLI, n.º 3, março, 1955; pág. 263.

privar a mulher de virgindade; porque a conjunção carnal é ato localizado no tempo e exigente da participação simultânea de duas pessoas, o que não se dá com a inseminação artificial).⁵⁴

E termina o autor:

“Ela (a inseminação artificial) é, a meu ver, mais repulsiva que o adultério. É fria, calculada, científica. Nunca se acompanha da prévia concupiscência, que mitiga, de certa maneira, a culpa imputável ao agente. Como a sociedade virá a enfrentar a inseminação heteróloga é algo que permanece no domínio da especulação. Talvez a considere base para o divórcio, por seus próprios “méritos”; talvez a defina como crime; talvez a equipare em dignidade a outras modernas conquistas científicas; mas inseminação artificial não é adultério.^{54-A}

CUELLO CALLÓN, depois de assinalar que a conjunção carnal é “requisito secular” do crime de adultério no direito espanhol e de mostrar que o mesmo requisito é exigido por numerosos códigos, acentua que êle é também considerado essencial pela doutrina e jurisprudência nos países cuja lei se limita a empregar a palavra adultério, sem defini-la.

Entre nós, GALDINO SIQUEIRA, por exemplo, ao alinhar os elementos constitutivos do crime de adultério menciona a cópula carnal.⁵⁵ Embora esta seja considerada por CUELLO CALLÓN critério universal para aferição do adultério, ROMÃO CORTES DE LACERDA, após advertir que se deve ter em conta a “ratio” da incriminação e que, em nosso código o adultério. .

54 e 54A. H. A. HUBBARD, artigo cit., pág. 446/447 e 451.

55. GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal*; José Konfino Editora, Rio 1947, Tomo III, pág. 238.

“...é crime “contra o casamento, base da família legítima e figura em subtítulo de “dos crimes contra a família”.⁵⁶

Cita HUNGRIA.

“Certamente não basta para integrar o adultério um simples “flirt”, um beijo, um afago, uma atitude ambígua; mas qualquer *ato sexual* inequívoco com terceiro é o crime na plenitude de sua configuração legal”.^{56-A}

De qualquer modo — exija-se a conjunção carnal ou ato sexual inequívoco — torna-se insustentável, frente ao direito penal brasileiro, o ponto de vista de que a inseminação artificial implica adultério.

Deveremos, pois, concluir que a inseminação artificial é atividade lícita em face de nossa legislação repressiva?

Parece que — à vista do disposto no art. 1.º de nosso Código — essa conclusão se impõe, ao menos na hipótese de que haja anuência da mulher.

Se ela se opõe, entretanto, o ato, levado a efeito, será punível, recorrendo-se à “vala comum” (como a denomina MAGALHÃES NORONHA) do art. 146, onde se capitula o crime de constrangimento ilegal.

Em verdade, como observa RAMBAUR

“Na maioria dos países não foram ainda objeto de legislação oficial nem a validade geral, nem as consequências jurídicas da inseminação artificial humana”.⁵⁷

As penas leves cominadas, geralmente, ao crime de constrangimento ilegal (em nosso Código, detenção de três

56 e 56A. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, o.c. vol. cit. pág. 379.

57. R. RAMBAUR, o.c., pág.

meses a um ano ou multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros) explicam-se exatamente pelo caráter subsidiário dessa disposição. Tais penas não satisfarão, evidentemente, os que vejam na inseminação artificial prática de repressão necessária. E éstos hão-de, naturalmente, bater-se pela criação de uma figura delituosa autônoma, para prevê-la e puni-la.

Inseminação artificial como ilícito penal

Tem-se afirmado que a inseminação artificial, se considerada lícita, desfecharia golpe mortal contra o casamento e constituiria séria perturbação social, pois dela — vista, provavelmente como meio moralmente superior à entrega a um eventual amante — se valeriam mulheres solteiras, desquitadas e viúvas, desejosas do filho, sem o marido.

É interessante notar que os que se inclinam por aceitar o método artificial de procriação querem nele enxergar, antes de tudo, elemento de consolidação de casamentos abalados pela impossibilidade de originarem verdadeira família.

Parece unânime, portanto, a opinião de que somente à mulher casada e na vigência do casamento seria facultado recorrer, legalmente, à inseminação artificial. E para que os casos se reduzissem — como é desejável — poderia ser exigida prova de um tempo mínimo de vigência do matrimônio e recomendação médica de apêlo àquele recurso.

Fora do matrimônio, a inseminação artificial seria sempre reprimida.

A inseminação homóloga só daria lugar a punição — o que é evidente — quando a ela se procedesse sem o consentimento da mulher, com apêlo a violência, grave ameaça ou fraude. A heteróloga seria punível na mesma circunstância ou quando levada a efeito pela mulher sem consentimento do marido.

Uma e outra forma constituiriam, em tais termos, ilícito civil justificador de desquite.

A co-autoria haveria de surgir — quase necessariamente em alguns casos — e se disciplinaria pela forma estabelecida no Código.

Temos para nós, não obstante a opinião contrária de HUBARD, atrás citada, que a inseminação artificial desperta, generalizadamente, repulsa menor que o adultério. E se a êste se cominam penas brandas — achando muitos que o direito penal deveria despreocupar-se do assunto — parece-nos que se justificaria, no máximo, equiparar a intensidade de repressão: penas idênticas para inseminação artificial e adultério, excluída, naturalmente, a hipótese de esta ocorrer fora do matrimônio.

Neste caso, a pena deveria ser mais acentuada e a ação, pública, enquanto que, nos casos de inseminação homóloga ou heteróloga, preceituar-se-ia o estabelecido no § 2.º do art. 240, fazendo-se depender a ação penal de iniciativa do cônjuge ofendido, exercitada dentro de certo prazo após conhecimento do fato.

Mas, seria oportuno defender a construção, com êsses ou outros dados, da figura delituosa da inseminação artificial e sua inclusão em nossa lei penal?

Anotamos, ainda uma vez com CUELLO CALLÓN, que a inseminação artificial não é procedimento de que se possa dizer que desperta reprovação generalizada. E que, não obstante se acolham as várias objeções contra ela proclamadas, sua repressão penal é prematura.

Com efeito, a sociedade não adotou ainda posição frente ao problema da inseminação artificial e não o fêz porque, pela grande maioria da população, a possibilidade mesma da inseminação é desconhecida e a gravidez ligada, necessariamente, à cópula.

Não há porque antecipar. Aguardemos que o processo artificial se expanda entre nós — se é que se expandirá. E, então, com maior conhecimento do assunto e das rea-

ções que êle desperte, com experiência provida do trato prático da questão e reflexão amadurecida, cogitar-se-á da eventual conveniência de repressão penal e dos termos e alcance com que ela se deve fazer.

Bibliografia

- AFRANIO PEIXOTO — Novos rumos da Medicina Legal — sem data.
- ANTÔNIO ALMEIDA JR. — Lições de Medicina Legal — 1948. Paternidade — 1940.
- BERTRAND RUSSEL — O casamento e a moral — 1956.
- EDGARD MAGALHÃES NORONHA — Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos — Crimes contra os costumes — 1954.
- EUGENIO CUELLO CALLÓN — Tres temas penales — 1955.
- GALDINO SIQUEIRA — Tratado de Direito Penal, tomo III — 1947.
- GLANVILLE WILLIAMS — The sanctity of life and the criminal law — 1957.
- H. A. HUBBARD — Artificial insemination: a reply to Dean Tallin (artigo publicado em "The Canadian Bar Review", vol. XXXIV, n.º 4 — 1956.
- L. JIMENEZ DE ASÚA — Liberdade de amar e direito a morrer — 1929.
- M. IGLESIAS — Aborto, eutanasia y fecundación artificial — 1954.
- NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA — Comentários do Código Penal — vol. VIII — 1956.
- RAYMOND RAMBAUR — El drama humano de la fecundación artificial — 1955.
- YVES SIMON — Filosofia do govêrno democrático — 1955.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL — vol. XLI, n.º 3 — 1955.
- ARTIFICIAL HUMAN INSEMINATION — Report of conference held under the auspices of the Public Morality Council of London. — 1948.
- TIME — números de 26 de fevereiro de 1945 e 27 de dezembro de 1954.