

ASPECTOS JURÍDICOS DA PROCRIAÇÃO ASSISTIDA *

Pelo Prof. Doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira

I — O direito português

Nos últimos anos, em Portugal, tem-se falado sobre métodos de tratamento da esterilidade e sobre novas técnicas de procriação assistida, sobretudo porque já nasceram crianças graças à fertilização *in vitro* e também porque foi anunciada a criação de um laboratório privado que estaria em condições de operar como um «banco de esperma».

Em face destas realidades conhecidas e pensando que, para além delas, não está excluído que se desenvolvam actividades mais ou menos clandestinas, é natural que se reflita sobre o enquadramento jurídico das novas técnicas biomédicas em geral, e sobre alguns procedimentos, em particular. Não quero dizer, no entanto, que a resposta social a estes problemas caiba apenas aos juristas; na verdade, julgo que a delicadeza dos assuntos sugere que as soluções não sejam ditadas apenas pelos juristas, ou apenas pelos médicos ou ainda pelos moralistas. Sendo um problema básico

(*) Texto de uma palestra proferida pelo autor, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Departamento de Direito da Universidade Portucalense

da cidadania, ele requer a humildade que faz escutar a voz de todos os cidadãos .

Vejam qual é o estado da questão no direito positivo acerca da admissibilidade ou da rejeição das novas técnicas de procriação assistida.

No plano constitucional há várias normas que podem ser invocadas a propósito. Veremos, no entanto, que dificilmente as poderemos achar conclusivas.

O artigo 36.º n.º 1 consagra o direito fundamental de «constituir família». Trata-se, sem dúvida (1), do *direito fundamental de procriar* e de ver a prole juridicamente reconhecida: o preceito invoca-se no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação. A questão que nos interessa agora é, porém, diferente: é a de saber se um casal sem filhos tem o direito constitucional de procriar *através do recurso às novas técnicas biomédicas*.

É fácil dizer que o preceito não foi elaborado com esta última acepção. Na verdade, ele tem um lugar sem favor na lei fundamental, desde há muito, desde épocas em que não se pensava na procriação assistida como um problema jurídico; e tem um vasto sentido tradicional que justifica serenamente a sua manutenção.

Não está excluído, porém, que a norma venha a ganhar também o valor de conferir aos indivíduos um direito à utilização dos meios cientificamente comprovados e aptos para a procriação. Tratar-se-ia apenas de uma faceta de um pretense direito subjectivo ao que é tecnologicamente possível. Restaria ao legislador ordinário estabelecer as condições do exercício daquele direito, designadamente as que respeitassem ao acesso de casais, de mulheres solteiras, de pares homossexuais, ou as que estabelecessem a necessidades de uma indicação terapêutica e excluíssem o acesso por mera conveniência. Tudo isto sem pôr em causa o «núcleo essencial» do direito.

(1) O que tem sido posto em dúvida é o alcance deste preceito de modo a abranger, ou não, o reconhecimento da união de facto. Ou talvez melhor: tem sido discutida a extensão que deve dar-se ao reconhecimento da união de facto, em face do art. 36.º n.º 1.

Perante a enorme difusão que certas técnicas de procriação assistida têm recebido, é de crer que a doutrina venha a modernizar naquele último sentido a interpretação tradicional do preceito.

Esta evolução provável conforta-se, aliás, com uma outra importante norma constitucional: o art. 26.º, na parte em que tutela o *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*. A reserva da intimidade da vida familiar pode ser entendida como o direito de utilizar os meios da procriação assistida sem que o Estado e a lei intervenham; a questão será tida como *privada* e não serão bem aceites mais do que os vagos limites da licitude, estabelecidos, aliás, com generosidade.

A Família e o Estado vivem numa permanente tensão dinâmica que segundo a matéria de que se trata se resolve mais a favor dos critérios particulares dos indivíduos ou segundo as exigências do interesse público. Não se estranha que, neste assunto particular, a tensão se agudize; e não é de admirar que, sobretudo por influência norteamericana, o argumento da *privacy* seja trazido à colação.

Julgo, porém, que segundo a nossa tradição cultural, a reserva da intimidade da vida familiar não pode assumir o alcance de excluir o Estado e a lei de uma intervenção extensa, nesta matéria. Não creio que, na Europa e no nosso país, o Estado venha apenas a fixar as barreiras longínquas da legalidade, deixando à mera consciência dos particulares o poder de fixar o que é lícito e bom. Certamente avultará a opinião de que se trata de indesejáveis interesses gerais, que se justificam as escolhas da consciência pública, e que os particulares não reivindicarão com êxito a tutela de um direito à privacidade plena.

Não se nega, é claro, que haverá uma dimensão de *privacy* ligada á utilização concreta dos meios de procriação assistida; será o momento de prever e garantir a confidencialidade dos actos. Mas esta dimensão não excluirá uma intervenção pública e prévia, no sentido de definir, em geral, o *se* e o *como* das diversas técnicas biomédicas da procriação.

Merece ainda referência, neste momento, o art. 67.º da Constituição que garante à família a «efectivação de todas as condições que permitam a *realização pessoal dos seus membros*».

Embora não seja uma norma integrada no título II, dos «Direitos, liberdades e garantias», e não tenha, por isso, a força vinculante respectiva (2), não deixa de exprimir um imperativo programático com a dignidade que têm as «garantias de instituto» (3). Ora, desde que se aceite — o que não é difícil — que a procriação pode constituir um aspecto da realização pessoal dos indivíduos e dos casais, dir-se-ia que o Estado teria a obrigação constitucional de organizar os instrumentos de combate à esterilidade, e de permitir o acesso dos indivíduos aos novos meios da procriação assistida (4). Para além de não controlar ou interferir nas escolhas privadas dos cidadãos (de acordo com o art. 26.º citado) o Estado deveria mesmo ampliar as possibilidades de escolha pelos casais inférteis, se não por qualquer mulher.

Como se vê, as três normas constitucionais que referi comportam uma interpretação favorável à admissibilidade das novas técnicas da reprodução humana; sendo certo, embora, que não foram pensadas para tal fim. Temos, porém, de tomar em consideração outros preceitos constitucionais que complicam o juízo que se poderia formar sobre a boa receptividade da nossa lei fundamental.

Uma destas normas — o art. 26.º, na parte em que reconhece o *direito à identidade pessoal* — releva sobretudo quando as técnicas de procriação assistida fazem intervir um dador de gâmetas, um terceiro relativamente ao casal que quer o filho. A questão pode resumir-se deste modo: o filho nascido com a intervenção de um dador terá a possibilidade de descobrir quem é o seu progenitor? Tudo depende de se entender que o conhecimento das raízes genéticas é uma faceta do direito à identidade, e que não há outros interesses tão fortes que justifiquem a restrição daquele direito e a ocultação da progenitura.

Adiante voltarei a este ponto. De momento registre-se que o eventual direito ao conhecimento da ascendência genética pode

(2) Cfr. o art. 18.º.

(3) Cfr., designadamente, o regime da inconstitucionalidade por omissão, do art. 283.º.

(4) A Lei n.º 3/84, de 24 de Março já significaria uma concretização deste preceito — v. infra, p. 774/775.

contrariar o projecto do casal estéril que recorre à dação de um terceiro e pretende não só que a operação se conserve secreta mas também que o dador permaneça anónimo.

Se a interpretação futura deste preceito constitucional vier a ser no sentido de se reconhecer um direito fundamental à descoberta da origem genética, teremos de concluir que a norma rejeita as técnicas de procriação assistida que impliquem a intervenção de um dador de gâmetas anónimo ⁽⁵⁾.

Além deste artigo 26.º sobre a tutela da identidade pessoal deve referir-se o artigo 24.º que tutela o *direito à vida*.

Pode parecer estranho dizer-se que este direito fundamental é susceptível de contradição com os novos meios da técnica bio-médica, sendo certo que estes procuram criar a vida e assegurá-la, e nunca suprimi-la ⁽⁶⁾. A relevância do direito fundamental à vida prende-se com um aspecto particular de um dos procedimentos considerados — a fertilização *in vitro*. A utilização desta técnica pode dar origem a um número de embriões superior àquele que pode ser implantado no útero da mulher, sem perigo; feita a implantação de acordo com as normas ditadas pelo estado da ciência, os embriões sobranes, «excedentários» ou «supranumerários», colocam o problema do seu destino e ficam em condições de sofrer uma eliminação fácil.

Mais adiante destacarei este problema. Não há dúvida, porém, de que a eventual destruição dos embriões excedentários pode vir a ser considerada uma violação insuportável do direito à vida, desde que se entenda que a tutela constitucional abrange os embriões desde o primeiro momento da fecundação e que a norma é absoluta, sem excepção.

Neste percurso pelo direito positivo da lei fundamental cabe mencionar, por último, o artigo 69.º que garante às *crianças* a «protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu *desenvolvimento integral*».

⁽⁵⁾ Não exclui, porém, que se admita a intervenção de um terceiro sem garantia de anonimato.

⁽⁶⁾ Pelo contrário, será manifesta a relevância do preceito quando se trata da intervenção voluntária da gravidez ou da morte assistida.

Embora se trate de uma simples «garantia institucional» sempre se deve perguntar se a utilização das novas técnicas de procriação assistida, em qualquer caso, é inofensiva para os filhos ou, pelo contrário, todas aquelas técnicas ou algumas delas, segundo as circunstâncias concretas de aplicação, podem vir a comprometer o desenvolvimento mental e afectivo dos indivíduos (7). Embora do ponto de vista formalmente jurídico esta norma constitucional tenha uma importância menor, julgo que a pergunta que ela suscita é das mais difíceis de responder, já que envolve uma reflexão interdisciplinar profunda acerca de um problema mal conhecido. Posta a questão de outro modo: quem pode asseverar que todas ou algumas técnicas de procriação assistida lesam as crianças ou não-lesam-nas daqui a vinte anos?

Assim fica apresentado o direito constitucional relevante. Todas as normas ponderadas, talvez possa concluir-se, ao menos, que não se encontra uma rejeição global dos novos métodos da procriação assistida; parece haver mesmo fundamento para dizer que a lei fundamental comporta uma interpretação favorável à admissão daqueles processos, sem prejuízo de limites importantes, cuja extensão virá a depender do alcance que for dado às normas que tutelam o direito à vida e à identidade pessoal.

Vejam agora o direito positivo ordinário.

Na legislação penal não encontramos normas que aceitem ou rejeitem a utilização das técnicas de procriação assistida. Não sei prognosticar o futuro do Direito Penal mas, por agora, é certo que o legislador não quer tomar partido em questões melindrosas, discutidas, que envolvam opções éticas, filosóficas ou religiosas. O Direito Penal limita-se a tutelar bens jurídicos fundamentais, indiscutíveis: no caso que nos ocupa, limita-se a tutelar a dignidade humana, a defender a *liberdade* de decisão individual.

(7) Parece ser de excluir o perigo de lesões do desenvolvimento físico (tanto quanto é legítimo fazer distinção) pois as tarefas preliminares de triagem nas técnicas mais sofisticadas, e o acompanhamento clínico intensivo, levam a reduzir o risco de anomalias genéticas e de transmissão de doenças hereditárias.

Assim, podemos considerar relevantes os artigos 158.º e 214.º. O primeiro pune as intervenções ou tratamentos médicos arbitrários, não autorizados; o segundo pune especificamente a prática de inseminação artificial sem o consentimento da mulher. Seria escusado sublinhar que esta última norma não implica qualquer juízo acerca da própria inseminação artificial; aliás, nem sequer faz distinção entre a inseminação dentro de um casal e a inseminação com dador estranho ao casal. Isto é, não se pode tirar qualquer argumento acerca da licitude ou da receptividade do Direito Penal às novas técnicas de procriação assistida. O artigo 214.º apenas defende a liberdade da mulher estabelecendo o requisito do consentimento livre e esclarecido ⁽⁸⁾.

No Código Civil salientarei o artigo 1839.º, n.º3, segundo o qual, depois de os cônjuges terem consentido numa inseminação com esperma de dador, não poderão impugnar a paternidade do filho que foi atribuída, pela lei, ao marido.

Embora esta norma preveja directamente o caso da inseminação heteróloga, é óbvio que ela não se destina a admitir ou a rejeitar esta modalidade de procriação assistida. O objectivo do preceito é o de evitar um regresso sobre a palavra dada, o de evitar que o marido (sobretudo) enjeite o estatuto jurídico e social de pai usando o meio fácil de demonstrar que não é o progenitor — facto que, por definição de inseminação heteróloga, era conhecido e aceite pelo casal. O legislador civil não quis, em 1977, tomar partido na gravíssima discussão acerca da admissibilidade da inseminação heteróloga: ele limitou-se a estabelecer um certo aspecto do regime, no caso de vir a considerar-se admitida, e a praticar-se, tal modalidade de procriação assistida.

O artigo 1839.º, n.º 3, não é argumento de peso em favor do reconhecimento das novas técnicas da fecundação.

Devo agora citar um outro artigo do Código Civil que releva nesta matéria: o artigo 1801.º. Neste passo da lei civil afirma-se que «nas acções relativas à filiação são admitidos como meio de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados».

(8) Cfr. o art. 38.º sobre o carácter do consentimento e o modo de o prestar.

Pode dizer-se que também esta norma não se destina a reconhecer a licitude (e muito menos a conveniência) das novas técnicas da procriação assistida. De facto, directamente, esta é apenas uma norma de direito probatório material que se limita a reconhecer a admissibilidade das provas periciais. Dir-se-á até que, se o legislador quis fazer qualquer coisa para além de repetir o princípio da admissibilidade das provas periciais, ele quis sublinhar o relevo médico-forense dos exames de sangue, considerados os progressos rápidos que estas técnicas fizeram em Portugal.

Assim, parece até despropositado referir o artigo 1801.º a propósito das novas técnicas de procriação assistida.

Porém, não me parece justo atribuir à norma citada apenas o valor de uma repetição ou, no máximo, um valor de promoção jurídico-forense da dignidade dos meios de prova hematológica.

O artigo 1801.º tem o mérito de afirmar o propósito do sistema jurídico de aceitar os progressos da ciência com relevo forense, sem preconceitos. Justamente no âmbito das acções de filiação onde a verdade biológica do parentesco era tradicionalmente preterida em favor de outros valores, o legislador de 1977 quis proclamar a abertura do sistema à verdade científica e aos meios de prova mais modernos e acreditados.

Note-se, também, que esta afirmação de princípio veio substituir, na sistematização legal, o artigo 1799.º anterior à Reforma de 1977; este artigo determinava que não era lícito invocar nos tribunais a fecundação artificial, quer para estabelecer quer para impugnar a paternidade. Esta substituição comporta a ideia de que o legislador civil estava disposto a reconhecer novidades do foro das novas técnicas biomédicas; embora não se possa concluir que o sistema reconheceu, concretamente, a licitude de este ou aquele método de procriação assistida.

Em suma, o art. 1801.º parece significar que o direito civil, sobretudo na área do direito da família, está aberto, em geral, às novas técnicas biomédicas; sem prejuízo de se ponderar, em concreto, a licitude e a conveniência de cada uma delas.

Continuando a analisar o direito positivo português na mira de saber se as novas técnicas biomédicas são reconhecidas ou rejeitadas, cabe fazer uma referência a um diploma avulso acerca de «Educação sexual e planeamento familiar» — a Lei n.º 3/84, de

24 de Março. O artigo 9.º, n.º 2, desta lei determina que «o Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade» (9). Eis, aqui, uma afirmação clara de receptividade do sistema jurídico a um dos métodos mais generalizados das novas técnicas biomédicas. Não restam dúvidas de que a inseminação artificial é tomada como um meio idóneo de combate à esterilidade; como também é claro que o legislador não comprometeu uma discussão posterior sobre o alcance da sua própria prescrição: deve aprofundar-se a prática da inseminação — mas apenas dentro do casal (fundado no casamento?) ou também com recurso a um dador de gâmetas?

Em face das últimas disposições mencionadas parece ser razoável concluir que o direito positivo infraconstitucional manifesta uma posição de princípio favorável ao reconhecimento do progresso científico e à prática de métodos comprovados e que cabem na designação genérica de procriação assistida. Concretamente, porém, apenas se reconhece e estimula a prática de um desses métodos — a inseminação artificial — e mesmo quanto a este não se precisou o alcance do reconhecimento, deixando-se em aberto toda a discussão fundamental sobre a admissibilidade da inseminação heteróloga.

Chegado a este ponto, depois de ter mencionado as normas de direito positivo relevantes (e antes de fazer uma referência especial ao Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro) não deixarei de frisar a ideia simples (mas nem sempre óbvia) de que o Direito vigente não se esgota na meia dúzia de normas de direito positivo. Na verdade, para além dos preceitos citados devemos tomar em consideração outros recursos do nosso sistema jurídico como o princípio da irrenunciabilidade de certos direitos pessoais (com apoio no art. 81.º do Código Civil) e o princípio de que a pessoa está fora do comércio jurídico. além disto, também poderá caber o recurso à analogia, designadamente com as normas relativas à adopção plena — como a que prevê a proibição de estabelecer

(9) Sem prejuízo de se reconhecer aos médicos «/.../» o direito à objecção de consciência, quando solicitados para a prática da inseminação artificial /.../ art. 11.º.

a progeneritura (art. 1987.º do C.C.) e a que regula a validade do consentimento da mãe (art. 1982.º, n.º 3, do C.C.).

Pretendo com isto dizer que certas questões melindrosas suscitadas pelos novos métodos de procriação assistida não encontrarão ainda um regime específico consagrado no direito positivo; mas isso não significa que haja sempre um vazio normativo, pois que o recurso aos meios idóneos de integração jurídica permitem por vezes encontrar um regime aplicável e satisfatório. Adiante retomarei estas afirmações.

Era este o estado do nosso Direito em 1986, quando o Ministério da Justiça constituiu a «Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias»⁽¹⁰⁾. A Comissão recebeu o mandato de preparar um anteprojecto de diploma que viesse a fazer lei sobre as várias matérias sob a denominação de «procriação assistida».

Nesse ano de 1986 — e na convicção de que os anteprojectos seriam concluídos e teriam o seguimento habitual — a Comissão propôs ao Ministério da Justiça que se adoptasse um regime provisório e restritivo que veio a constar do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro. Nos termos deste pequeno diploma, só poderiam continuar a praticar-se a inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e a fertilização intratubária, com sémen fresco; e sempre «sob a responsabilidade e a directa vigilância de um médico». A prática da inseminação heteróloga e de qualquer outra técnica em se utilizasse sémen congelado ficaria condicionada a uma autorização prévia do Ministro da Saúde, e subordinada a vários requisitos que haviam de ser definidos na sequência do estabelecimento destas restrições provisórias.

Certamente por razões ponderosas que não me cabe averiguar ou discutir, os anteprojectos da Comissão ficaram sem seguimento. Por consequência, o regime restritivo do Decreto-Lei n.º 319/86, que pretendia obter uma simples moratória, acabou por se manter em vigor durante mais tempo do que se esperava e nada leva a supor que o estado de coisas se modifique num futuro breve.

(10) Sob a presidência de Pereira Coelho.

Esta simples informação tem o intuito exclusivo de justificar o sentido do regime vigente. É que um observador menos atento pode supor que já se escolheram as técnicas autorizadas e se distinguiram os métodos convenientes dos inconvenientes. Na verdade, porém, a discussão de fundo não foi ainda travada, as escolhas não estão feitas. Por mais prolongada, e até insólita, que venha a ser a duração da vigência daquele Decreto-Lei, quis-se apenas, com ele, evitar temporariamente a generalização dos métodos mais controversos ou cuja execução fosse mais arriscada do ponto de vista da saúde pública e da organização familiar da comunidade.

Para tirar uma conclusão geral da primeira parte deste trabalho diria que o sistema jurídico português é favorável, em princípio, à utilização das modernas técnicas de procriação assistida. Não há ainda, porém, orientação clara acerca dos vários métodos. Em face de algum litígio, e consoante a natureza do caso, talvez o recurso à analogia e aos princípios gerais de Direito permitisse encontrar uma solução justa.

II — Problemas específicos mais importantes

A — Conhecimento da ascendência genética em inseminação heteróloga

Um dos problemas específicos mais difíceis no domínio da procriação assistida é o que se prende com o estatuto do dador ou, mais simplesmente, é o problema de saber se o filho deve poder vir a conhecer a identidade do seu pai biológico.

Convém esclarecer um pouco melhor o âmbito deste problema.

Em primeiro lugar, na eventualidade de se escolher o caminho de permitir ao filho o conhecimento da identidade do dador de esperma, isso não quer dizer que se atribua a este progenitor o estatuto jurídico de pai; de facto, uma coisa seria revelar a identidade do dador e outra coisa seria investi-lo nos direitos e obrigações familiares correspondentes à paternidade. A orientação

doutrinal que defende o conhecimento da origem genética — e a lei sueca de 1985 que expressamente o permite, no § 4.º — parecem reconhecer bem a diferença.

Por outro lado, também não oferece dúvidas que é preciso guardar confidencialmente informações acerca das características genéticas do dador, mesmo que se opte por um sistema de anonimato, em que não se reconheça o direito ao conhecimento da ascendência. De facto, o diagnóstico e a terapêutica de doenças hereditárias reclamam cada vez mais a análise e a conservação daquelas informações sobre o genoma humano, e a satisfação desta existência é independente daquela outra opção fundamental.

Se considerarmos que a análise e conservação das características genéticas do dador é ainda um processo relativamente difícil ou dispendioso para ser concretizado, poderia limitar-se o registo confidencial ao mero facto do nascimento através de inseminação heróloga, isto é, ao específico modo da concepção, para o caso de sobrevirem razões sérias que justifiquem o conhecimento desta circunstância.

Feitos estes esclarecimentos, pode agora entender-se melhor o real alcance do anonimato ou da congoscibilidade do dador de esperma.

O anonimato do dador de esperma é um regime que se compreende na sequência das normas sociais e jurídicas que valiam, em regra, para o instituto da adopção. Com efeito, o regime tradicional, nesta matéria, era o da confidencialidade do próprio acto e da ocultação do progenitor, com base nas razões conhecidas de proteger a paz da família adoptiva, no interesse do adoptado.

Nestas condições, não admira que a mesma atitude jurídica tenha sido tomada relativamente à técnica da inseminação artificial heteróloga, que suscita problemas paralelos.

Se pensarmos no caso específico do nosso sistema jurídico, ainda hoje encontramos manifestações claras daquele propósito, embora o regime jurídico nem sempre seja claro ⁽¹¹⁾: decretada

(11) Cfr. o meu *Crítério jurídico...*p. 481 e segs.

a adoção pode requerer-se um novo assento de nascimento em que o nome do adoptante figura no lugar do pai (art. 151 n.ºs 1 e 2 do C.R.C.) e, no caso de a progenitura não ter sido reconhecida antes da adoção, fica proibido o estabelecimento da filiação natural do adoptado, quer por perfilhação quer por investigação judicial (art. 1987.º do C.C.).

E se em Portugal a questão ainda não ganhou foros de importância para merecer escolhas jurídicas necessárias, em França desde há bastante tempo que se pratica a inseminação heteróloga, em estabelecimentos públicos e privados, observando a regra do anonimato do dador. Pode dizer-se que esta tendência é a dominante nos países de influência francesa, ou nos países latinos.

Pelo contrário, nos países de cultura inglesa e germânica, vem desde há alguns anos a ideia de que o segredo da progenitura não satisfaz necessariamente o interesse do filho. Em matéria de adoção, vai-se reconhecendo o direito de o adoptado maior consultar o registo civil para conhecer a identidade dos progenitores. Na Inglaterra o acesso é livre para os adoptados maiores de dezoito anos (12); nos Estados Unidos da América a tendência da jurisprudência e das leis é no mesmo sentido (13); na República Federal Alemã, o filho maior de dezasseis anos tem o direito de consultar o registo civil e qualquer adoptado pode agir em investigação judicial para descobrir a identidade do pai biológico (14).

Nestes países e nos da sua influência, como os países nórdicos, em vez de se privilegiar o interesse da paz da família adoptiva, e o interesse do filho que supostamente coincide com ele, julga-se antes que deve prevalecer um *direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética*.

Nestas condições relativas à adoção, não é de estranhar que nos países referidos se adopte uma orientação semelhante quanto ao conhecimento do dador em inseminação heteróloga.

(12) *Children Act 1975*, art. 26 n.º 1 e *Adoption Act 1976*, art. 51.

(13) Cfr. as informações no meu *Critério...* p. 476.

(14) Cfr. ainda o meu *Critério...* p. 477 a 479.

Não é nada fácil optar entre estas duas grandes tendências. Qualquer delas se apoia na defesa de valores ponderosos, respectivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade acerca da ascendência biológica. O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação; porém, a ocultação da verdade biológica parece contrariar não só a relevância, em geral, dos conhecimentos das ciências biológicas, mas também o culto da verdade nas sociedades em que o problema da inseminação heteróloga se põe.

Em Portugal, o problema vai colocar-se acerca da interpretação do artigo 26.º da Constituição da República: dir-se-á que o direito ao conhecimento da ascendência é um aspecto do direito à identidade pessoal. Não é possível prever qual será a força persuasiva desta corrente. Apenas se pode sublinhar que os direitos fundamentais — mesmo os mais antigos e indiscutíveis — não são absolutos; que a própria lei constitucional reconhece os limites dos direitos fundamentais sem prejuízo do seu «núcleo essencial». Por último, deve ter-se consciência de que a solução que vier a prevalecer tem de concordar com a regra que vale para o instituto da adopção. Isto é, se se preferir o anonimato do dador, o regime é coerente com o que se encontra no art. 1987.º do C.C.; pelo contrário, se se fizer prevalecer um direito constitucional ao conhecimento da ascendência genética, tem de começar-se pela revogação daquela norma do Código Civil que, até agora e por si só, não suscitou o problema da sua inconstitucionalidade.

B — *Destino dos embriões excedentários na fertilização in vitro*

A fertilização *in vitro* vem sendo praticada, no estrangeiro e no nosso país, dentro do casal e, portanto, não suscita problemas éticos e jurídicos — tal como a inseminação homóloga com sémen fresco. Porém, a susceptibilidade de se criarem mais embriões do que aqueles que se devem utilizar para obter a gravidez levanta o problema sério do destino dos «embriões excedentários».

Antes de apresentar os aspectos que relevam do ponto de vista jurídico, convém enunciar alguns princípios que estão assentes na opinião internacional. Em primeiro lugar, entende-se que se deve evitar o risco de criar embriões excedentários; em segundo lugar, deve tentar-se implantar no útero da mulher os embriões criados *in vitro*; por fim, está geralmente excluído que se produzam embriões que não se destinem a obter uma gravidez da mulher que forneceu os óvulos. Cumpridos estes preceitos, julga-se que o fenómeno poderá diminuir de extensão.

Porém, ainda que se cumpram aquelas regras, o problema não desaparece. É que, com o louvável intuito de obter um número de embriões suficiente para garantir o sucesso da tentativa (consideradas as perdas que estatisticamente se conhecem) pode acontecer que se produza um número excessivo de embriões. O número de embriões será «excessivo» quando, de acordo com os conhecimentos médicos, se possa dizer que a implantação de todos eles fará a mulher correr um risco sério, porventura o risco de morte. Sendo assim, alguns dos embriões criados *in vitro* não serão implantados no útero em vista da gravidez e levantam o problema de saber qual o destino que se lhes há-de dar.

O primeiro problema com relevância jurídica é o da legitimidade para decidir o que quer que seja.

Logo acerca deste primeiro aspecto há divergência de orientações. Na opinião de uns, o direito de decidir cabe aos progenitores, e ao dador quando ele exista; segundo outros, a decisão cabe aos médicos, embora os poderes oficiais possam estabelecer quaisquer limites. A primeira orientação, como é bom de ver, sublinha a dimensão privada da questão, a liberdade dos cidadãos quanto ao exercício do direito de procriar sem interferência da comunidade; a segunda tendência, pelo contrário, responsabiliza os técnicos da medicina pela decisão e admite que ela, envolvendo interesses públicos relevantes, possa ser condicionada por regras que exprimam os sentimentos gerais da comunidade.

Embora estas sejam as duas maneiras mais nítidas de conceber a solução deste problema, não parece que deva excluir-se uma outra que concilia a dimensão pública e a dimensão privada da decisão: a legitimidade caberia não só aos progenitores mas também aos médicos, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou por

outras regras de conduta geralmente reconhecidas. Os progenitores e os médicos deveriam *concordar* acerca dos destinos dos embriões excedentários no quadro de certas possibilidades publicamente controladas.

Resolvido o problema de saber quem escolhe o destino dos embriões excedentários resta o problema de saber quais são as possibilidades de escolha.

Pode considerar-se, de um ponto de vista jurídico, a atitude de destruir os embriões. Independentemente do modo como esta conduta seja considerada pelas várias correntes religiosas ou filosóficas, creio que o direito penal não considera a atitude como criminosa. No direito português, seguramente, não se encontra previsto qualquer tipo legal de crime contra a vida embrionária e extra-uterina; o que resulta especialmente claro por contraste com a punição dos atentados contra a vida intra-uterina, vulgarmente resumidos por «crime de aborto».

Do ponto de vista do direito civil, não há qualquer norma que se refira expressamente ao comportamento de que se trata. A resposta encontrar-se-á na aplicação das cláusulas gerais sobre que assenta o instituto da responsabilidade civil. Para que surgisse uma obrigação de indemnizar seria preciso provar que a destruição de embriões excedentários, feita sem o consentimento dos progenitores, teria constituído uma violação ilícita do direito fundamental de procriar, de tal modo que o acto teria causado danos morais dignos de tutela jurídica. Sempre de um ponto de vista técnico-jurídico, o risco de os autores da destruição serem civilmente responsáveis eliminar-se-ia pelo menos se recebessem o consentimento prévio dos progenitores, para o efeito.

O modo mais razoável de evitar a responsabilização eventual dos médicos seria o de, por meio de intervenção legislativa, impor a prática de crioconservação, logo acrescentando que não se excedesse um certo prazo máximo. No termo do prazo, se não tivesse sido dado qualquer destino aos embriões excedentários, os técnicos ficariam legitimados para a destruição física deles.

Chegando a este ponto, a questão seguinte é a de saber que «outros destinos» podem ser escolhidos para além da destruição física ou da mera crioconservação.

A única atitude que parece não suscitar problemas jurídicos graves é a utilização dos embriões congelados para nova tentativa da gestação pela progenitora (15). Quem desejou tanto um filho depois de recorrer às técnicas da fertilização *in vitro*, poderá aceitar uma nova gestação, com os embriões que então sobraram e foram devidamente conservados (16). A maternidade e a paternidade seriam estabelecidas por aplicação directa das normas tradicionais.

Este destino pacífico, no entanto, pode tornar-se inviável por qualquer razão: pode a mulher ter morrido, pode correr riscos sérios ou sofrer de impossibilidade para gerar; ou pode recusar-se, pura e simplesmente, a uma nova gestação.

Em face desta recusa irremediável, da grave inconveniência ou da impossibilidade para gerar, resta-nos tomar em consideração os outros dois destinos possíveis: a dação a outro casal ou a experimentação.

A dação a outro casal pode ser apresentada com aspectos agradáveis.

Quem gostar de sugerir que se trata de uma espécie de adopção — adopção pré-natal — sublinhará o gesto de quem dá uma parte de si próprio a um casal triste por causa da esterilidade.

(15) Não suscita problemas quanto ao estabelecimento da maternidade e da paternidade — aplicam-se as regras normais.

Já teria de se considerar um regime jurídico especial ou um entendimento subtil em outros aspectos secundários. Por exemplo: se os progenitores não fossem casados e houvesse necessidade de promover uma investigação de paternidade, teríamos de entender com habilidade quer a coabitação causal quer o momento da concepção; se os progenitores casassem pouco tempo antes do nascimento teríamos de evitar a aplicação das regras sobre a impugnação da paternidade que supõe a concepção anterior ao casamento e permitem o afastamento do vínculo por «mera declaração» no Registo Civil ou por acção judicial facilitada (art. 1840.º do C.C.).

(16) «Devidamente» conservados, isto é, segundo os *leges artis*. De momento é seguro que a crioconservação não provoca danos visíveis nos embriões que, aliás, são alvo de atenção médico-sanitária excepcional. Mas não se pode garantir que a conservação não terá qualquer efeito mais tarde, no indivíduo adulto; nem se podem conhecer os efeitos de uma conservação mais longa — ainda não atingida. (Cfr., p. ex. BAUDOUIN; LABRUSSE — RION — *Produire l'homme...*p. 91).

Por outro lado, o estabelecimento jurídico dos vínculos de maternidade e de paternidade não carecia de normas especiais. De facto, a mãe seria a mulher que gerasse o filho e tivesse o parto; enquanto o pai seria o marido dela, ou seria determinado pelos meios comuns de estabelecimento da paternidade fora do casamento (17). Naturalmente que teria de valer, por analogia, tanto para a maternidade como para a paternidade, a restrição que já existe na nossa lei quanto à impugnação da paternidade do filho concebido por inseminação artificial; na verdade, seria demasiado fácil renunciar ao estatuto do pai ou de mãe com a mera prova da falta de relação biológica com o filho (18).

Ainda a favor desta destinação costuma afirmar-se que ela é um último recurso para deixar o embrião desenvolver-se até ao nascimento. As destinações — a destruição pura e simples ou a experimentação — acabarão por conduzir à exterminação dos embriões excedentários.

Não se podem esconder, porém, as dificuldades graves que este procedimento suscita.

O paralelo com a adopção merece reservas. A cedência de um filho para a adopção supõe que o filho existe e que não tem condições para ser educado na família de origem, enquanto a transição para a família adoptiva oferece, provavelmente, reais vantagens. Este juízo, obviamente, não pode fazer-se relativamente a um embrião excedentário (19).

Além disso, a dação de embriões excedentários não pode deixar de pôr o mesmo problema que a inseminação heteróloga — o do conhecimento da ascendência genética. A diferença que existe relativamente à inseminação heteróloga está, digamos, em que o problema se põe com dificuldade dobrada; isto é, a questão do anonimato deverá pôr-se quanto à mãe que não deu o óvulo e quanto ao pai que não deu o sêmen.

(17) Se os beneficiários da dação pudessem ser pessoas não casadas.

(18) Cfr. art. 1839.º n.º 3 do Código Civil.

(19) Embora possa dizer-se que a dação oferece a vantagem máxima — a da sobrevivência.

Por último, não deve desprezar-se o risco de esta possibilidade estimular a tendência para criar embriões excedentários. Conhecidas as dificuldades de praticar a adopção por falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas, poderia ser tentador procurar as «adopções pré-natais» de embriões excedentários, contrariando, afinal, o preceito básico de evitar a superfecundação *in vitro*.

Consideremos agora o último dos destinos possíveis para os embriões excedentários — a experimentação.

Como se pode esperar, as dúvidas acerca desta matéria são grandes e generalizadas. Mesmo no que diz respeito à experimentação em seres humanos adultos — capazes de prestar o seu consentimento para intervenções que limitam o bem jurídico da integridade física — a questão levanta dificuldades e tem sido necessário estabelecer limites para a licitude do consentimento ⁽²⁰⁾. As coisas agravam-se ainda quando, em lugar de adultos capazes, o problema se põe relativamente a adultos incapazes de entender e querer ou a menores; tem-se admitido que, depois de reforçadas as cautelas e as exigências quanto à necessidade da experiência, os representantes legais se substituam ao incapaz para dar o necessário consentimento.

Posto isto, surge a novidade da experimentação em embriões.

A novidade, concretamente, estará em certas circunstâncias — que tanto poderão facilitar a solução como poderão dificultá-la. Por um lado, o embrião de alguns dias não passa de um grupo de células sem especialização, sem sistema nervoso; o cientista não terá na sua frente um ser humano propriamente dito (como quer que se defina o estatuto do embrião). Por outro lado, seria necessário resolver o problema do consentimento — porventura pedindo-o aos progenitores e ao centro clínico. Mas sempre tendo presente que toda a experimentação que se autorizasse conduziria à destruição final do embrião; de facto, está

⁽²⁰⁾ Como o da proibição de danos graves e irreversíveis e o da proporcionalidade entre o dano e o benefício científico esperado.

assente que não pode ser implantado no útero de uma mulher um embrião que tenha sido objecto de práticas experimentais.

E depois desta ponderação amarga, sempre terá de se reconhecer que o progresso das técnicas de procriação assistida e o avanço na luta contra a transmissão das anomalias hereditárias só pode conseguir-se experimentando em embriões, do mesmo modo que os remédios para as doenças mentais ou mulheres grávidas só podem testar-se em doentes mentais ou em mulheres grávidas.

Salvo erro, a tendência dominante nesta matéria vai no sentido de se admitir a experimentação em embriões, sujeita a um controlo apertado e com o exclusivo intuito de melhorar as técnicas de fertilização *in vitro*.

Não posso encerrar esta exposição acerca do destino dos embriões excedentários, em fertilização *in vitro*, sem chamar a atenção para o facto de este problema poder ser eliminado de um momento para o outro. Na verdade, desde que se comece a dominar seguramente a técnica da crioconservação de óvulos, o número de gâmetas femininos fecundados *in vitro* deixa de ficar sujeito ao acaso — e ao excesso; passarão a ser descongelados e fecundados apenas os óvulos necessários para a implantação no útero e, assim, deixarão de sobrar os embriões cuja implantação suscitaria um risco para o êxito da gravidez ou para a vida da mulher. Porém, a congelação de óvulos não é ainda uma prática segura e generalizada.

Não deixarei de citar, a este propósito, a afirmação céptica dos que pensam que a técnica da crioconservação de óvulos, ao mesmo tempo que evitará o problema dramático dos embriões excedentários, facilitará a criação deles para o objectivo directo da experimentação ⁽²¹⁾.

(21) BAUDOUIN; LABRUSSE-RIOU — *Produire...*p. 96.

C — Contrato de gestação

O terceiro problema que merece uma referência especial é o que vulgarmente se designa por «maternidade de substituição», ou o caso das «mães hospedeiras».

Interessa relativamente pouco destringir as várias modalidades sob que este fenómeno pode aparecer do ponto de vista biológico ou clínico. Isto é, prescindirei de saber se a gestação é feita a partir do óvulo da mãe que gera ou de outra mulher; se o sémén é do marido da primeira ou do marido da mulher que pretende assumir o estatuto de mãe; se a fecundação se deu, *in vivo* ou *in vitro*, etc...

Do ponto de vista jurídico, devo partir do princípio de que a mãe é a mulher que gera e tem o parto — é esta a regra do nosso art. 1796.º, n.º 1, que é comum aos sistemas jurídicos que conheço. Sendo assim, a questão básica é a de saber se a mãe jurídica (geradora) pode obrigar-se, por um contrato válido, a renunciar ao estatuto de mãe e a ceder o filho, depois do nascimento, à contraparte do negócio.

Não tenho conhecimento de que este problema tenha surgido na sociedade portuguesa; o que não quer dizer que não possam ter sido celebrados contratos deste tipo cujo cumprimento perfeito e o sigilo correspondente os tenham furtado à discussão pública e judicial. Pode até supor-se que as dificuldades que rodeiam a prática da adopção sugira aos interessados este processo ínvio de registar uma maternidade jurídica que não corresponde à maternidade biológica.

Valerá a pena distinguir, nesta matéria, os aspectos penais dos aspectos civis.

Do ponto de vista penal, não se encontra uma incriminação das actividades destinadas a promover o contrato de gestação, embora se note, na doutrina internacional, um forte desejo de banir este tipo de mediação, quer tenha quer não tenha fins lucrativos. Talvez o nosso sistema jurídico devesse adoptar uma norma que punisse a actividade de angariação habitual ou lucrativa.

Ainda do ponto de vista da legislação criminal, também não pode punir-se o acordo privado entre a mulher (ou casal) que

encomenda o filho e a mulher que se compromete a gerá-lo. Além de não haver tipo legal que permita a incriminação, parece generalizada a ideia de que o direito penal não deve chegar a esse ponto: quer as dificuldades de prova, quer o carácter razoável das intenções que podem ter movido as partes no acordo, desaconselham a intervenção de um sector do direito que quer guardar-se para a protecção de bens jurídicos essenciais, e apenas quando todos os outros meios de intervenção falharem.

A intervenção do direito penal limitar-se-á, pois, a punir pelo crime de «falsificação do estado civil» a mulher que registar um filho como seu quando, na realidade, foi outra mulher que teve o parto (art. 195.º do C. Penal).

Do ponto de vista do direito civil, a questão é a de saber como deve ser encarado o negócio jurídico celebrado pela mulher que encomenda e a mulher que gera o filho.

Como seria de esperar, não há qualquer norma que se refira expressamente ao assunto; porém, é este o momento de recorrer aos instrumentos jurídicos tradicionalmente disponíveis como à aplicação de cláusulas gerais, de princípios de direito geralmente aceites, e à técnica da analogia.

Um primeiro modo de encarar as coisas seria lançar mão do art. 280.º, n.º 2, do Código Civil, que considera nulos os contratos ofensivos da ordem pública ou dos bons costumes. É possível que esta norma chegue, para alguns, no sentido de resolver que a mulher que gera não está obrigada por um contrato válido; quer a noção de «ordem pública» quer a noção de «bons costumes» pode ser interpretada no sentido de excluir da vida jurídica um negócio que implica a transferência de uma certa forma de domínio sobre um ser humano. Porém, se as noções invocadas sempre foram equívocas, cada vez se torna mais difícil delimitar os seus contornos ⁽²²⁾ e pode bem acontecer que outros

(22) ANDRADE, M. da Costa — *O consentimento do ofendido no novo Código Penal*, in «Para uma nova justiça penal», Coimbra, Almedina, 1983, p. 116.

intérpretes não se satisfaçam com a mera aplicação do art. 280.º, n.º 2 (23).

Para abonar a tese da nulidade do contrato poderia ainda invocar-se que a mulher que gera e se compromete a entregar o filho, quando ele nascer, renuncia antecipadamente ao seu estatuto jurídico de mãe. Ora, a renúncia a um direito de personalidade, e a renúncia antecipada, podem não ser lícitas nos termos do art. 81.º, n.º 1, do Código Civil. Mas o recurso a esta norma repõe a dificuldade, já mencionada, de apurar o conteúdo da «ordem pública»; na verdade, a renúncia ao exercício de direitos de personalidade só é ilícita «se for contrária aos princípios da ordem pública» (24).

Julgo que o instrumento técnico mais claro de que dispomos, no nosso direito, é a aplicação analógica do art. 1982, n.º 3, do Código Civil. Segundo esta norma, o consentimento para uma adopção só pode ser prestado validamente depois de ter decorrido um mês sobre o nascimento do adoptando. Assim, embora se tenha pretendido facilitar a adopção de recém-nascido filho de pessoa viva, quis garantir-se que o consentimento da mãe biológica seja prestado com «serenidade de espírito» e «plena consciência» (25). Parece claro que, no nosso sistema jurídico, um consentimento antecipado é nulo; ou seja, uma renúncia antecipada ao estado jurídico de mãe não é válido, não obriga civilmente o sujeito que a praticou.

Este regime estabelecido para a adopção plena deve ser aplicado por analogia à hipótese do contrato de gestação. Em ambos os casos a mulher que gera deve prestar um consentimento livre

(23) E as palavras chocantes da «transferência» de «domínio» sobre um ser humano podem não incomodar aqueles que sabem que o vulgar poder paternal é uma forma de domínio sobre o filho, que as pessoas, deste modo, podem ser objecto de relações jurídicas, que a adopção de filho de pessoa viva implica uma dessas transferências de domínio, etc.

(24) Não estou seguro da razão por que o art. 81.º do Código Civil apela para a noção de ordem pública enquanto o art. 340.º (consentimento do lesado) prefere remeter para o conceito de bons costumes como, aliás, o art. 38.º do Código Penal.

(25) BARBOSA, A. Meneses — *Nova disciplina da adopção no Código Civil*, in, «Reforma do Código Civil, Lisboa, Petrony, 1981, p. 238.

e esclarecido, recobrada a serenidade depois do parto. Se o legislador teve este cuidado relativamente à mulher que cede um filho para adopção, nunca poderia considerar-se válido o consentimento que a mãe geradora prestou antes do nascimento, provavelmente antes do próprio início da gravidez. Os interesses que justificaram a regra do nº 3 do art. 1982º são análogos aqueles que se confrontam na hipótese do contrato de gestação — o regime deveria ser aplicado por analogia.

Dado isto por assente, poderia concluir-se que a mulher que tem o parto não se vincula de um modo válido a entregar o filho: o consentimento antecipado não vale entre as partes ⁽²⁶⁾. A mulher que encomendou o filho não teria o direito de exigir o cumprimento de um contrato válido.

Para terminar esta viagem pelo direito positivo nacional acerca da procriação assistida e pelas questões fundamentais que ela tem suscitado, seja-me permitido manifestar uma última preocupação. É possível que os vários sistemas jurídicos aceitem normas comuns em vários aspectos relevantes; mas também é possível que acabem por adoptar regras diversas sobre alguns assuntos fundamentais ⁽²⁷⁾. Ora, a diversidade nesta matéria pode dar origem a que os nacionais de um Estado procurem noutro os resultados que o sistema jurídico do seu país de origem lhes não permite obter. A diversidade das soluções entre os Estados e a livre — e fácil — circulação de pessoas pode dar lugar uma espécie de *turismo da procriação assistida*. Se isso acontecer, além de os nacionais de cada Estado se furtarem às proibições ou às condições impostas pelo seu direito nacional, o país de origem perde o controlo sobre aspectos importantes da organização do parentesco e deixa de poder confiar na verdade do registo civil dos seus

⁽²⁶⁾ Nem vale perante o Conservador do Registo Civil que continua obrigado a registar como mãe do recém-nascido a mulher que teve o parto.

⁽²⁷⁾ As dificuldades de harmonização sentidas pelo Comité *ad hoc* de peritos sobre os progressos das ciências biomédicas (CAHBI), no âmbito do Conselho da Europa, são um indício seguro da possibilidade de virem a ser adoptadas regras divergentes.

nacionais. Trata-se, portanto, de uma área complexa em que, se as especificidades culturais podem facilmente ditar regimes diferentes, a diferença pode ter consequências muito desagradáveis.

Setembro de 1989

Guilherme Freire Falcão de Oliveira