

PROcriação HUMANA ASSISTIDA

ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS (*)

Pelo Bastonário Dr. Augusto Lopes Cardoso

I — PRELIMINARES

1. Complexa, variada e rica é a gama de matérias que suscita, no plano jurídico, a «procriação assistida».

Em alguns dos seus planos já a legislação corrente, devidamente interpretada ou integrada, permite o enquadramento do tema, ou antes, uma sua primeira abordagem.

(*) O presente trabalho é a sequência de um conjunto de tópicos da exposição proferida em *23 de Abril de 1982* no colóquio inter-disciplinar organizado no Porto pela Associação dos Médicos Católicos sob a temática geral «Transmissão artificial da vida humana». De seguida, esses tópicos foram submetidos a algum desenvolvimento e publicados exclusivamente na Revista «Acção Médica», n.º 4, Dez. 1982, págs. 22 a 39, sob o título «Inseminação e Fecundação Artificiais — Aspectos jurídicos». Aqui é reproduzido esse conjunto de notas, com alteração do título, mas sem qualquer aperfeiçoamento, salvo pequenas modificações discursivas e algumas notas breves de actualização. Pareceu que a sua nova publicação, dada a variedade das matérias afloradas, ainda poderia ser útil. Designadamente não são tomados em conta os trabalhos que posteriormente foram publicados entre nós em que avultam: GUILHERME DE OLIVEIRA — *Critério Jurídico da Paternidade* págs. 335 e segs., (1983); JOÃO MACHADO CRUZ — *Possibilidades actuais de investigação biológica da Filiação e sua efectivação em Portugal*, in BMJ. 333 (1984); FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO — *Responsabilidade Médica em Portugal*, in BMJ. 332 (1984); GUILHERME DE OLIVEIRA — *O estabelecimento da Filiação*;

Mas pode dizer-se que, tal como aconteceu noutros países, o legislador português deixou-se «apanhar de surpresa» perante a rápida e insuspeitada evolução das descobertas científicas neste campo.

E a doutrina só lentamente vem reagindo entre nós nesta matéria múltipla e inter-institucional.

2. Erro será, porém, considerar o tema isoladamente nas suas cambiantes jurídicas. Por isso, que fique bem claro que a perfunctória análise a que procedemos neste estudo é essencialmente pragmática, ou seja, visa propor soluções perante as hipóteses mais imagináveis que se podem suscitar, sem com isso assumirmos um juízo de valor profundo a respeito do «dever ser» legal.

É que nunca devemos dar por assente que o legislador é o mero executor normativo de tudo o que a ciência e/ou a técnica «inventa» ou «evolui». Basta ter em conta que pode vir a ser entendido que aquilo a que se chama momentaneamente evolução científica ou técnica se traduza em verdadeira «involução» no plano a que tudo se deve submeter: o homem, o bem da pessoa humana.

A ria, com suas braças e pântanos, em que se espraia matéria tão sensível como a presente não pode balizar-se em meras técnicas, de que a técnica jurídica seria apenas uma das vertentes. Exige uma profunda reflexão sobre o Homem e o seu devir, que não cabe no plano limitado da execução jurídico-normativa, se bem que ao Direito nada seja estranho. Mas precisamente por isto é que toda a evolução jurídica deve buscar o bem do Homem, o que é conseguido, na perspectiva legiferante, através de nor-

mudança recente e perspectivas (19-12-984), in «Temas de Direito da Família» (public. do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, ed. Almedina de 1986, págs. 91 a 110), também publicado no Bol. Fac. Dir. Univ. Coimbra, LXI (1985); PAULA MARTINHO DA SILVA — *A procriação artificial — aspectos jurídicos* (ed. Moraes — Jun. 1986); MANUEL DA COSTA ANDRADE — *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*, in R. D. EC. XII-99 (1986); PAULA MARTINHO DA SILVA — *O anonimato do Dador*, in Bol. Ord. Advog. 1987, n.º 1; GUILHERME DE OLIVEIRA — *Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida*, in Rev. Ord. Advog. 49-777 (1989). — Porto, Março de 1991 —.

mas disciplinares, desde as meramente regulamentadoras às puramente proibitivas de certos comportamentos que atentem contra aquele bem supremo.

A definição deste bem no moveção terreno que tacteamos só é viável através de um estudo multidisciplinar, filosófico, ético, médico e jurídico. Só assim será mais claro o âmbito do lícito e do não lícito, sem o perigo de ser tolhida a ciência antes de uma rigorosa perspectiva das suas «descobertas» ou de ser coisificado o Homem ou imolado no altar da experimentação ou da absolutização das técnicas cientificamente possíveis.

3. Ciente da perplexidade com que nos assaltou o tema relativo aos aspectos jurídicos postos pela chamada «inseminação artificial», desdobrando-se por uma enorme variedade de sub-temas e de planos, não podemos neste trabalho senão tentar fazer uma síntese daqueles aspectos, que habilitem a um mínimo de estruturação e evitem no máximo o tendencial confucionismo. Aliás, seguramente que o plano técnico-jurídico não é de maior complexidade do que os que ademais emolduram questão tão transcendente como esta, no plano humanista como no da ética médica. E, como é sabido, todos os legisladores têm hesitado, nos países mais atentos, em verter em normas legais os grandes princípios ou os por menores regulamentares de questões como estas, não só porque elas mexem com uma pluridisciplinaridade que não se sente confortável nos preceitos, como porque permanece um conflito agudo entre a Ciência e a Ética que torna o legislador mais prudente ainda. Frequentemente, tem sido considerado mais avisado deixar a matéria ao intérprete, para que colmate as lacunas à base do Direito constituído e dos grandes princípios que o informam, do que passar todas as aparentes «aquisições» a «letra de forma».

Por isso demos a maior importância nesta dissertação a um texto programático, o chamado «Projecto de Recomendação sobre a Inseminação Artificial nos seres humanos», saído do Comité Director para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, encomendado expressamente pelo Comité de Ministros deste importante Conselho (1).

(1) Houve dois sucessivos Projectos, um de 28-9-1981 (AS/JUR (33) 22) e outro de 10-2-82 (CM (82) 23). Referimo-nos a este segundo. O primeiro foi rejeitado.

Trata-se de peça de inegável valor jurídico, com o objectivo de promover uma legislação comum sobre a matéria nos Estados membros, partindo do princípio da ausência quase absoluta nesses Estados de regras de direito específicas, mas tendo em conta que a inseminação artificial nos seres humanos é cada vez mais praticada, e, por isso, levanta problemas de ordem moral, jurídica e médica a que o legislador deve estar atento.

A ajuda que este texto, com doutrina condigna, nos trouxe permitiu-nos deambular um pouco por outros campos aí não contemplados e que se nos afigurou merecerem ser abordados.

4. As considerações aqui tecidas respeitam tanto à *inseminação artificial* propriamente dita como à *fecundação artificial* (conceitos que por vezes apareciam em antes confundidos), uma vez que o progresso médico permite hoje a fecundação «in vitro», ou «bebé proveta» em linguagem comum. No terreno jurídico, «mutatis mutandis», os problemas são essencialmente os mesmos, porventura agravados no caso da fecundação artificial pela identificação da origem do óvulo (os da origem do espermatozóide são idênticos nos dois casos) (2).

(2) Em 1986 foi criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão para o Enquadramento legislativo das Novas Tecnologias. Sem esperar pelo resultado dos seus estudos, foi publicado o *Dec.-Lei n.º 319/86, de 25-9* por se entender que havia «certas orientações básicas geralmente aceites, cuja definição entre nós se torna desde já necessária» e isso precisamente dentro das «novas técnicas de procriação artificial humana» (seu preâmbulo). Este diploma procurou efectivamente enquadrar no nosso ordenamento jurídico alguns, embora poucos, dos problemas objecto do Projecto de Recomendação referenciado ao longo de todo este trabalho. Todavia — o que não deixa de ser espantoso e censurável dada a delicadeza da matéria em causa — sendo previsto no art.º 2.º deste diploma que as condições de que depende a autorização para a recolha, a manipulação, a conservação de esperma e quaisquer outros actos exigíveis pelas técnicas de procriação artificial humana por médico em organismos públicos ou privados e bem assim as sanções contra a prática não autorizada das técnicas de procriação artificial seriam definidas em decreto regulamentar, ainda hoje esta regulamentação está por fazer!

II — UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

5. A matéria tem tal delicadeza que tem sido objecto de um juízo da sua constitucionalidade, isto é, se a admissão da inseminação artificial, por si mesma, estaria vedada pela própria Constituição.

É certo que, tanto quanto sabemos, esta questão ainda foi posta entre nós e que a nossa Constituição não é em tudo idêntica às demais. Mas a abordagem do problema que tem sido feita lá fora, permite o seu enquadramento à face da nossa Lei Fundamental, até porque esta, na matéria que interessa, acompanha as constituições europeias mais marcantes perante as quais a questão tem sido estudada.

Os problemas levantados nesta sede, porém, são decepcionantes, apesar da sua magnitude, pois que a resposta que lhes tem sido dada se resume em pouco: não pode dizer-se que a Lei constitucional, se se não referir expressamente à questão da inseminação artificial, seja suficiente para considerar esta como inadmissível. Fazemos, porém, uma breve resenha dessas questões.

6. Dir-se-ia que o reconhecimento a todos os cidadãos do direito a constituírem legitimamente família, (art.º 36.º-1 da Constituição) seria posto em causa na admissão da inseminação artificial, na medida em que esta contrastaria com a essência da sociedade conjugal, que por natureza se destina à integração psico-física do homem e da mulher, e, assim, à continuidade da família que resulta da procriação, integração não conseguida com práticas diversas da relação sexual física. A crítica levava a reputar sempre «contra natura» a inseminação, mesmo homóloga.

Mas é claro que tal objecção prova demasiado. Por isso se poderá responder que o campo da complementariedade do homem e da mulher no casamento e do carácter procriativo da instituição — aquilo a que a Moral cristã chama o fim unitivo e o fim procriativo do casamento para os considerar indissolúveis — têm uma margem de intimidade que não tem dignidade constitucional, nem até meramente legal, salvo quando se traduzem em aberração ou em moléstia causadores ou de nulidade do vínculo do casamento ou de fundamento para separação ou divórcio. Acres-

cente-se que as práticas inseminativas artificiais procuram expressamente o nascimento de um filho quando por outra via não era possível, o que não seria factor de desagregação familiar, mas até de união (alguns mais radicais falam em dádiva mais oblativa que a que contém componente erótica!). E compare-se a situação com a da adopção, que a nenhum jurista surgiu vez alguma como instituição inconstitucional.

7. Observa-se ainda com certa ênfase que, se há que considerar algo como de inatural na família, será a falta de filhos e não tanto obtê-los ainda que à custa dos meios médicos e científicos disponíveis. E reitera-se que, a proteger o carácter natural da família, mais deverá respeitar-se a sua autonomia, na qual cabe como particularmente íntimo e como direito de personalidade intocável, no que ao Estado não cabe nenhuma intervenção, a resolução do casal sobre o planeamento da família (salvo quando esse planeamento seja feito à custa de crime, como é o aborto).

Aliás, a hipótese que tem vindo a merecer esta argumentação é essencialmente a da inseminação artificial homóloga; a oposição à heteróloga, diz-se com razão, deverá ser deixada à iniciativa do marido, do mesmo modo que à sua iniciativa se deve a invocação de adultério para outros efeitos jurídicos.

O que vem dito também tem servido para reputar como sem dignidade constitucional a consideração como crime público — isto é, não carecido de iniciativa do lesado para a sua perseguição — qualquer inseminação homóloga ou heteróloga.

8. Tem-se procurado sustentar, porém, que os argumentos atrás alinhados já não teriam valimento no caso de mulher não casada, pelo que então deveria considerar-se a prática inseminativa como inconstitucional. Mas também se replica, e sem fácil resposta, que tal prescrição poria em causa liberdades individuais basilares como são as de liberdade sexual ou de transmissão da vida, que, se podem merecer censura moral, não têm igual peso jurídico; do mesmo modo que não sofre perseguição a mãe solteira só por ter tido relações de sexo.

Isto ainda com menor razão entre nós, sabido que, face ao art.º 36.º-4 da nossa Constituição, o filho nascido fora do casamento não pode ver diminuída por isso a sua capacidade de direitos, e antes tem hoje uma total paridade com o filho nascido do casamento legalmente constituído; nem mesmo é hoje invocável ou sequer escriturável a qualidade de filho ilegítimo.

9. Ficam, pois, para estudo aspectos pontuais de inseminação humana, partindo do princípio de que, se o legislador a não condenou globalmente, há que apreciar as suas diversas implicações no campo do Direito.

E devemos desde já adiantar que, se o que referimos daqui em diante é um raciocínio técnico baseado no referido Projecto de Recomendação (identificado como P.R.) — o que permite maior pormenorização — é de admitir «a priori» que o nosso Direito, dentro dos princípios gerais do negócio jurídico como dentro dos princípios gerais da responsabilidade civil permitiria chegar a resultados muito semelhantes aos recomendados «*expressis verbis*» por aquele Projecto.

III — O CONSENTIMENTO, CONDIÇÃO PRÉVIA

10. Poderemos chamar como condição prévia à prática da inseminação artificial em seres humanos a do *consentimento*.

E, na verdade, tal ideia, qualificada ou não juridicamente sob aquela rubrica, está presente em todos os comentadores como nas disposições legislativas que pudemos apreciar. É que, como disserta o preâmbulo do referido Projecto de Recomendação, «importa que *todas as pessoas* ligadas a este acto delicado e importante para a sociedade, a concepção de um ser humano, estejam plenamente conscientes das suas consequências e as aprovevem».

Distinguiremos, porém, em esquema, o consentimento do dador do consentimento da mulher e ainda do consentimento do marido desta. E abordaremos ainda a situação do médico perante esta condição prévia.

a) O consentimento do dador

11. A ideia central está expressa no referido Projecto deste modo: «O esperma duma pessoa não deve ser utilizado para fim de inseminação artificial sem o seu consentimento» (P.R. art.º 3.º-1).

A fundamentação deste pressuposto deve encontrar-se, como diz Vincenzo Lojacono, em que tal anuência supõe «um acto dispositivo do próprio corpo», embora pareça que mais fortemente se prende com aquela a dignidade da pessoa e a sua liberdade inviolável.

Na primeira perspectiva, porém, é justo dizer-se que não comporta este consentimento a mesma força daquele que visa medicamente uma diminuição de integridade física (num sentido objectivo) como é a que subjaz num caso de ablação de órgão ou de transplante.

12. Por isso a simples falta de consentimento não revela dignidade penal ou criminal (ex: uso de sémen já recolhido). Isto a menos que se trate de uma *recolha* de sémen feita fraudulentamente (ex: por ejaculação exigida ou provocada contra vontade), caso em que, pelo menos, estaríamos perante um crime de atentado ao pudor, previsto e punido no art.º 391.º do Código Penal. (3) Ficaria também em crise um direito fundamental protegido pela Constituição da República, o direito à integridade moral e física (art.º 26.º-1) (4).

Quer nos casos, porém, em que a falta de consentimento é passível de crime quer nos outros entendemos que, à luz dos referidos princípios, é geradora de responsabilidade civil de quem cometeu o abuso, com a obrigação, pelo menos, de indemnizar por danos não patrimoniais. Caso será, v. gr., o de uso inseminativo de esperma recolhido para certo fim que não o de inseminação.

(3) No Código Penal de 1982 (aprov. pelo DL. 400/82, 23.9.) a matéria consta dos art. os 205.º e 206.º.

(4) No texto de 1989 é o art.º 25.º-1.

b) — O consentimento da mulher

13. É também essencial para a prática da inseminação (cf. P.R. art.º 3.º-2).

Igualmente aí se pondera que se trata, com efeito, de um acto dispositivo do próprio corpo, em tanto consistindo admitir que o «ventre» sirva para fecundar um novo ser.

E dir-se-á que, como, resultado final, o parto representará mesmo uma diminuição ou alteração permanente da própria integridade física o que dá maior relevo ainda ao consentimento no plano jurídico.

A questão tem tal magnitude que tem levado à discussão sobre se deve considerar-se como proibido tal consentimento, ele mesmo, por contrário à ordem pública (v. atrás o plano no direito constitucional). Opinam, porém, quase todos que não existe tal ilicitude e antes (segundo uns) que a outorga de tal consentimento representa um dos meios de exercício da liberdade sexual, ou que (segundo outros) significa um dos meios de exercício do direito à transmissão da vida.

14. Já se nos afigura, porém, indiscutível que tal consentimento não pode ser captado por via de negócio, isto é, em convénio pelo qual a mulher se obrigue a consentir na prática ou se obrigue a ela previamente. A tal se oporia a grande regra segundo a qual «toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública» (art.º 81.º-1 do Código Civil).

E — a despeito de opinião contrária que encontrámos — entendemos ser proibido, por nulo, o estabelecimento de preço pelo consentimento prestado voluntariamente, pois que sempre estaríamos perante negócio contrário à ordem pública e aos bons costumes (Cód. Civil, art.º 280.º-2).

15. A extrema gravidade da prática contra vontade da mulher nunca nos pode levar a ter dúvidas de que tal acto constitui crime hediondo, mesmo à face do actual Direito Penal Português que não contempla de modo expresso a situação. Se parece que tal actuação se aproxima do grave crime de violação (Código

Penal, art.º 393.º) (5), ela é seguramente um delito de atentado ao pudor, punido com prisão até dois anos no art.º 391.º do mesmo diploma (6).

O Projecto do novo Código Penal (publicado no Bol. Ministério da Justiça n.º 291) tipifica já o crime no seu art.º 219.º, ao estatuir: «Quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 6 meses a 4 anos», embora preveja também, por razões óbvias, que o procedimento criminal dependa de queixa da ofendida.

A razão da nova previsão di-no-la o seu autor confesso: «Trata-se de um tipo novo de crime que vem prever uma situação nova ou, pelo menos, nova no seu significado social. A evolução técnica e das concepções ético-sociais tem contribuído para o aumento extraordinário da prática da inseminação artificial. Ao legislador compete averiguar a possibilidade de actos ilícitos no seio desta prática e punida, se por caso disso». (Boletim Minist. Justiça n.º 287, págs. 103 e 104). Daí até prever-se uma pena criminal mais pesada que a actual (7).

c) — O consentimento do marido

16. Temos abordado essencialmente o caso da inseminação heteróloga, que é a que suscita maiores questões jurídicas, pelo que tem cabimento ter em conta que, se a mulher for casada, é necessário o consentimento do marido. Assim recomenda aos legisladores nacionais o por demais falado Projecto de Recomendação.

O entendimento pressuposto é o de evitar, segundo alguns países, a existência de crime por falha desse consentimento (alguns assimilam a tal situação o crime de adultério); ou, na perspectiva

(5) No Cód. Penal de 1982 são os art.ºs 201.º e 202.º.

(6) Hoje, como se disse, são os art.ºs 205.º e 206.º do Cód. Penal de 1982, com pena de prisão até 3 anos.

(7) Tal matéria ficou a constar do art.º 214.º do Cód. Penal de 1982: «Quem praticar inseminação artificial em mulher, sem o seu consentimento, será punido com prisão de 1 a 5 anos».

de outros, ainda que com certa dose paradoxal, o de obstar a meios que destruam a unidade familiar...

17. Não vemos, porém, que tais planos colham à face da nossa legislação.

O mesmo não se dirá quanto a dois outros níveis: um o da perda de fundamento de divórcio ou separação com tal consentimento, sabido que, constituindo por princípio a prática heteróloga uma chocante violação dos deveres de respeito (e porventura de fidelidade) ao outro cônjuge (Cód. Civil, art.º 1672.º), o que bastaria para a formação de fundamento de divórcio ou separação judicial (art. os 1779.º e 1794.º), tal fundamento «desapareceria» por o marido ter instigado a mulher a praticar o facto invocado ou por ter intencionalmente criado condições propícias à sua verificação ou então por ter revelado pelo seu comportamento perdão expresso ou tácito (art.º 1789.º); um outro o dos reflexos nas relações de filiação, como adiante referiremos.

Curioso não deixará de ser mencionar ainda que a exposição de motivos do Projecto de Recomendação dá conta de que «alguns peritos fizeram ver que a obrigação de obter sempre o consentimento do marido poderia causar dificuldades no caso de uma mulher separada e não divorciada que viva em união estável com outro homem»; e que «a maioria dos peritos, porém, entendeu que, porque em vários Estados a criança nascida nessas condições era sempre juridicamente considerada como filho do marido, deverá ser exigido o consentimento deste em caso de inseminação artificial» (Loc. cit., n.º 15-bis).

d) — O médico e o consentimento

18. Consta do Projecto de Recomendação que «o médico responsável pela inseminação artificial deve prover *para que os consentimentos sejam prestados de maneira explícita*» (art.º 3.º-3).

Dir-se-á que, dada a dificuldade de regular a *efectividade das obrigações do consentimento* (em especial até a do marido), se quer colocar na mão do médico todo o peso e responsabilidade da *recolha dos consentimentos*. E isso com tal rigor que

estes teriam de ser outorgados de maneira *expressa*, palavra que nos parece mais rigorosa juridicamente do que «explícita», no sentido de que se quis excluir uma anuência meramente tácita (que é aquela que se deduz do comportamento que com toda a probabilidade a revela, em vez de o ser por palavras, por escrito ou por qualquer outro meio directo de manifestação de vontade — cf. Código Civil, art.º 217.º-1). Por isso, já em 1946 Mary Barton, no simpósio de Londres, recomendava que o médico obtivesse o consentimento por escrito, o que é a maneira mais explícita e expressa; e Seymour, nos Estados Unidos, ia ao ponto de aconselhar a outorga de acto notarial para o consentimento.

19. Claro que admitir uma situação legislativa como a recomendada no Projecto terá as mais latas, e porventura gravosas, consequências para o clínico.

Em relação ao dador, tudo se encaminharia em tal consentimento estar centrado, por exemplo, num «banco de sémen», onde o fornecimento indiscriminado de esperma já representaria a anuência à sua utilização para o fim determinado, ou onde colhesse a autorização específica pessoa a pessoa. Em qualquer caso tal consentimento está intimamente ligado à obrigação de sigilo a que adiante nos reportaremos.

Parece, porém, claro que a fraude no consentimento recairá fortemente sobre o médico, com consequências indemnizatórias, em especial no exemplo típico do uso do sémen para fim de inseminação quando a tanto se não destinava; ou até, quiçá, a utilização em inseminação diferente do tipo daquela para que fora cedido!

Em relação à mulher, a não recolha do consentimento poderá envolver uma autoria ou co-autoria no respectivo crime, além dos efeitos de responsabilidade indemnitária.

Em relação ao marido, nos países em que a falha da sua anuência se traduza em crime, também o médico se não livraria, pelo menos, de cumplicidade, com todos os efeitos inerentes.

20. Pesado cargo será uma solução como a prevista, eventualmente surgida como remedeio social para algo que se perscruta como de grave e eticamente duvidoso.

Mas tanta exigência não deixa de se justificar face a outra mais importante previsão de legislar: atribuição ao médico da condução e supervisão necessária e essencial do acto de inseminação. Está, pois, em condições privilegiadas para se premunir dos elementos daquilo a que chamámos a condição prévia: o consentimento. Isto é, a importância vital e nuclear do médico neste caso leva a que tenha de acumular-lhe as consequências.

IV — CONDIÇÕES PARA O FORNECIMENTO DO ESPERMA

21. «O dom de esperma deve ser gratuito. Todavia, a perda de salários assim como as despesas de deslocação e outras despesas directamente causadas pelo dom do esperma podem ser reembolsadas ao dador. A pessoa ou organismo público ou privado que cede o esperma para inseminação artificial não deverá fazê-lo com fim lucrativo» (P.R. art.º 6.º).

A tal preocupação de pormenor vai o Projecto!

Ao mesmo tempo toca uma nota sensível da questão, pelo que é realista.

No entanto, tal recomendação está longe de ser pacífica no entendimento dos doutrinadores.

Enquanto uns sustentam que a obtenção de uma compensação económica agravaria a torpeza do acto dispositivo (ex: De Cupis, Santosuosso), outros há que entendem, com à vontade, que a compensação, tal como na doação de sangue, é conforme a elementares exigências de justiça comutativa (ex: Carnelutti, Lojacono).

22. Colocando-nos no campo do direito constituído português, entendemos que, se não houver regulamentação especial que crie proibição, é lícito o estabelecimento de um preço pela dádiva de esperma.

Distinguiremos, todavia, que é inexigível a doação, por se tratar de negócio que limita direito de personalidade (já citado art.º 81.º do Cód. Civil). Mas, uma vez que, dentro de convénio cumprido pelo dador, este tenha prestado o sémen, não vemos que aquele não possa exigir o cumprimento pela outra parte de

uma cláusula de preço. Tratar-se-ia de negócio em que apenas «o fim» era contrário à ordem pública e aos bons costumes, mas tal fim não era comum a ambas as partes, pelo que só seria o negócio nulo quanto ao dador.

Reforça esta opinião o recente Despacho Normativo n.º 49/82, de 4 de Fevereiro de 1982 do Senhor Secretário de Estado da Saúde, onde, dentro de uma proibição genérica da comercialização de sangue humano (consistente esta na «atribuição de qualquer valor monetário ao sangue colhido, enquanto tal, quer considerado na globalidade de uma colheita, quer em função da quantidade colhida ou utilizada»), vem admitir ainda «qualquer compensação ou remuneração atribuída a dadores pela cedência de sangue para fins terapêuticos», obrigando à sua contabilização e facturação cuidadosas a independentes.

V — SUPERVISÃO DAS CONDIÇÕES E ACTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

23. Já atrás abordámos a questão a propósito do capítulo do consentimento.

Deverá agora repetir-se que efectivamente a grande regra recomendada é a de que «a inseminação artificial deverá ser praticada *apenas* sob a responsabilidade de um médico» (P.R., art.º 2.º-2). Da premência da tal regra diz o uso do advérbio «apenas» ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ «1. A recolha, a manipulação, a conservação de esperma e quaisquer outros actos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana só podem ser praticados sob a responsabilidade e a directa vigilância de um médico em organismos públicos e privados que tenham sido expressamente autorizados pelo Ministro da Saúde.

2. Quando apenas se utilizem técnicas de procriação artificial homóloga com sêmen fresco, é dispensada a autorização referida no número anterior» (DL. n.º 319/86, de 25-9, art.º 1.º). Certo é, porém, que as condições para esta autorização continuam por regulamentar! O preâmbulo do mesmo diploma chega a asser-toar: «Quaisquer que venham a ser a frequência e a natureza das técnicas de procriação artificial humana no nosso país, os médicos serão os primeiros juizes da licitude e da conveniência dos seus actos».

Daí a extensão de tal supervisão exclusiva aos mais variados campos — para além dos já referidos. Referimo-nos ao controlo das condições humanas ou físicas da admissão; à vigilância sobre a fase de recolha do sémen e sua manipulação, como à da segurança sobre as características do líquido espermático; e à prática do acto de inseminação humana, propriamente dito.

Alguns destes aspectos afluiremos a seguir.

VI — CONDIÇÕES FÍSICAS DE INSEMINAÇÃO: O BEM-ESTAR DA CRIANÇA

24. Projecta-se legislar no sentido de que «a inseminação artificial não pode ser praticada senão quando existam condições apropriadas para assegurar o bem-estar da futura criança» (art.º 2.º-1 do P.R.).

Tal máxima é reputada como a de maior relevo na matéria que nos ocupa. Dir-se-á que o legislador quer assim tornar altruísta a prática, colocando-a num campo teleológico ou do fim pretendido: o nascimento. Esmorecem os fins de «realização pessoal» da mulher, por tudo dever convergir no bem-estar do nascituro.

Claro que o problema é muito complicado.

O que sejam as «condições apropriadas» é quase tão difícil como justificar os métodos de limitação da natalidade por mil razões.

É que, mais do que as condições médicas ou genéticas a ter em conta, em que se tem falado nas condições de saúde da mãe e do dador, merecem destaque as do equilíbrio afectivo ou psicológico da inseminação e a existência de situação que atenda à futura manutenção e educação. De tudo isso se tem falado.

25. Parece que à legislação nacional competirá regulamentar, estabelecendo o que deve primordialmente entender-se por «condições apropriadas». Na Suécia, porém, o ajuizamento compete a um órgão administrativo próprio.

Tem-se, no entanto, defendido que, porque toda a inseminação deve ser feita sob a responsabilidade de um médico, será ou deverá ser este o «jugador» daquelas condições. Chega a dizer

a exposição de motivos do Projecto que «o médico que pratica a inseminação artificial é também, em certa medida, responsável pela concepção da criança»!

Não deixaremos de realçar o exagero de tal asserção, embora estejam conscientes de que ela foi emitida na antevisão dos chamados «casos limites» — como seja o de proceder à prática em mulher manifestamente inapta, por doença física ou psíquica.

VII — CONDIÇÕES FÍSICAS DA INSEMINAÇÃO: QUANTO AO SÉMEN

26. Prescreve-se que «o esperma destinado a uma inseminação artificial deve ser recolhido, conservado, transportado e manipulado sob a responsabilidade de um médico» (P.R., art.º 4.º-1), o que é um evidente corolário da grande regra mencionada.

O que poderá acrescentar-se muito sumariamente é que tal disposição, a vigorar, cria fontes múltiplas de responsabilidade civil para o médico que intervier junto do dador, e isso quer nos efeitos que possa tal recolha ter sobre aquele quando não fôr usado cuidado medicamente devido (por exemplo através de punção), quer quando ela seja feita em ser manifestamente inapto no plano genético (dentro dos cálculos de probabilidades médicas). Neste último caso, a responsabilidade surgirá perante a mulher inseminada com líquido indevido.

Poderá — cremos — perguntar-se se, por sua vez, o dador criará responsabilidade também. E a questão não é tão absurda como isso, porque há autores que recomendam (nos E.U.A. Weisman) que o documento de consentimento da mulher e/ou do marido contenha cláusula de exclusão de responsabilidade do dador. Todavia, julgamos que a questão não é de pôr, precisamente porque um dos grandes princípios é o do sigilo da origem do líquido espermático, sigilo porventura concentrado no dever deontológico do médico.

27. Outro aspecto da problemática do presente capítulo é o daquilo a que poderemos apelidar de as «características bio-

-médicas do esperma», matéria que nos escapa obviamente no campo científico, mas de que interessa o do das regras da responsabilidade. (9)

Aí ocorre recomendar que «o médico e o estabelecimento hospitalar que *recolha* ou *receba* esperma humano para inseminação artificial deve proceder ou fazer proceder às pesquisas e exames clínicos apropriados, a fim de prevenir a *transmissão* pelo dador de doenças de carácter hereditário ou de afecções contagiosas ou de outros factores perigosos para a saúde da mulher ou da futura criança» (P.R. art.º 4.º-2).

E de tal preceituar decorrerá a responsabilidade civil de quem, contra o que era de esperar do «homo prudens», tenha agido conscientemente ou com negligência censurável por forma a provocar danos do tipo ali referido.

Claro que não falta quem admita que, usando das regras genéticas cada vez mais aperfeiçoadas, seja passível de responsabilidade o uso de sémen de dador com características físicas totalmente diferentes das pretendidas (ex: de tipo de raça diferente). Levada a matéria às últimas consequências não vemos que não fosse defensável.

28. Avultam finalmente as condições físicas da inseminação no que concerne à prática ou acto de inseminação propriamente dito.

Na sequência do que se deixou citado diz-se que «o *médico* que proceda à inseminação deve tomar todas as medidas apropriadas a fim de evitar perigo para a *saúde da mulher* e para a saúde da futura criança» (art.º 4.º-2 P.R.).

(9) No preâmbulo do DL. n.º 319/86, de 25-10 afirma-se que «Uma das orientações firmes nesta matéria é a que proíbe a execução da fecundação artificial com sémen fresco de um dador». E observa-se: «Esta prática era já condenada por várias razões sérias, como o risco para a saúde da mulher, o perigo de transmissão de doenças hereditárias e a total ausência de registo fidedigno das operações; hoje a condenação é ainda severa, porque se conhece o risco de transmissão da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA)». Certo é, porém, que no articulado nada se contemplou nesta matéria.

Porque se trata de um acto médico por excelência, de uma quase-cirurgia, não se pode dizer que tal previsão traga surpresas, e antes vem no seguimento dos princípios gerais de responsabilidade civil médica por actos de negligência.

Deve aqui ponderar o clínico se as condições físicas que a mãe apresenta facultam ou aconselham a não proceder à prática. No seu comportamento será criticável o não uso de meios clínicos de diagnóstico ou outros que lhe não tenham permitido aperceber-se, ou por desleixo dos resultados conhecidos, da situação proibitiva.

29. Houve o cuidado no Projecto de recomendações de prevenir «expressis verbis» que «não é admitida a utilização de uma mistura de espermas provenientes de diferentes doadores» (art.º 2.º-3).

Em justificação pondera-se no preâmbulo: «entendeu-se que apesar de a identidade do dador se dever manter secreta, o nome do pai biológico duma criança concebida por inseminação artificial deve ser ao menos conhecido pelo médico». Mas temos de convir que não é motivação convincente. Melhor se diria, e admitimos que isso esteja na realidade subjacente, que o legislador quis dar dignidade jurídica com aquela norma a matéria que fugia ao seu âmbito dada a aberração que representaria a chocante situação oposta. Mas não falta quem, sob o pretexto de que afinal só um espermatozóide vai fecundar o óvulo, considere preferível a mistura de sémens para defesa do segredo sobre o dador!; ou quem compare a situação como tão insusceptível de sanção jurídica como a da mulher que, para ter um filho, tem relações sexuais com vários homens!

VIII — O SIGILO DA INSEMINAÇÃO

30. «O médico e pessoal do estabelecimento hospitalar que recebe esperma ou que pratique inseminação artificial devem preservar o segredo da identidade do dador e, sob reserva das disposições da lei em caso de processo judicial, da identidade da mulher, e, se ela for casada, da do seu marido, e bem ainda o segredo

sobre a realização da própria inseminação artificial» (P.R. art.º 5.º).

Como se vê, o segredo é previsto sob vários planos: o do dador, o da mulher, o do marido desta (heteróloga), o do próprio acto.

Isto porque o segredo é exigido no interesse do dador, como no da mulher ou no do casal, como no do nascituro.

Por outro lado, assegura-se a não banalização do regime. A necessidade de intervenção do médico em todo o processo deveria ser também garantia da sua raridade: o clínico não deve ceder ao desejo mórbido ou psicicamente instável de qualquer mulher. O segredo garante, pois, não só o importante valor da defesa da intimidade da vida privada⁽¹⁰⁾, como o da insensibilidade que resultaria de considerar a inseminação como algo de vulgar que não fizesse diferença divulgar.

As excepções da legislação nacional, muito em especial concebíveis para acções judiciais de impugnação de paternidade, tem-se entendido que nunca deverão ser extensivas à revelação do dador heterólogo. A nossa legislação será referida adiante.

31. A revelação do segredo é, portanto, factor de responsabilidade, por violação dos direitos de personalidade (Cód. Civil, art.º 70.º), a exigir daquele que é responsável pelo sigilo.

Estamos no campo genérico da quebra do segredo profissional, aliás. E, se no nosso país a reparação de danos morais (não patrimoniais lhes chama a lei) é exígua, não se dirá o mesmo de noutros.

A tal ponto tal obrigação está centrada ainda e também no médico que prevê o Projecto que «o médico não deverá proceder à inseminação se as condições desta tornam improvável a manutenção do segredo» (P.R., art.º 5.º, in fine).

Finalmente o obrigado ao segredo não pode depor como testemunha, pois a lei portuguesa o considera inábil por motivo de ordem moral (Código de Processo Civil, art.º 618.º-1-e).

(10) Constituição, texto de 1989, art.º 26.º-1.

IX — RELAÇÃO FAMILIAR DO NASCIDO POR INSEMINAÇÃO

a) — *Em relação à mãe*

32. Em relação à mãe o problema não tem normalmente grande vulto, ou, se se quiser, não tem vulto diferente do que existe relativamente à normal presunção de maternidade. Mantém-se aí a grande máxima latina de «mater certa, pater semper incertus».

Isto é, ou há declaração de maternidade no registo ou por reconhecimento voluntário posterior, e, quando muito, poderá haver, nos moldes comuns, uma futura impugnação de maternidade. Ou do registo nada ficou a constar quanto à maternidade (maternidade incógnita), o que vai desencadear os mecanismos de uma averiguação oficiosa de maternidade, com a possibilidade ainda de, quer por essa via quer pela de uma acção de investigação de maternidade proposta pelo filho, vir a ser decretado o reconhecimento judicial de maternidade.

Não valerá, pois, a pena desenvolver a matéria a propósito do tema que neste momento nos concerne.

33. Maior delicadeza haverá, contudo, no caso da fecundação «in vitro» e não vimos que tal questão tenha já sido abordada.

Na verdade, poderá admitir-se teoricamente que nesse caso a maternidade possa ser dupla: a da autoria do óvulo e a do desenvolvimento do novo ser fecundado laboratorialmente e depois implantado noutra mulher.

Que dizer, ou, usando expressão consagrada, «quid iuris»?

Para já que fica em crise, de maneira chocante, o velho princípio da «mater certa», que, como é sabido, se funda na certeza de que é da mulher de quem nasce que o filho é oriundo, ligação física visível que a natureza se encarrega de mostrar. Por isso, não poderemos deixar de anotar o manifesto carácter «contra natura» da prática que permite tão lamentável confusão; os moralistas que julguem o demais.

Por outro lado, abrir-se-ão caminhos para uma possibilidade de impugnação de maternidade que, em princípio, não cabe na

nossa lei actual. É que a lei está voltada para a ideia de que «relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento» (Código Civil, art.º 1796.º-1), quando, como vimos, o início da vida pode não ter nada a ver com a pessoa de quem a criança nasceu. Por isso, só com muito forçar de nota se pode defender uma impugnação de maternidade com base no art.º 1807.º do mesmo Código, pois o legislador se orienta hoje pelo facto do «nascimento» e não pelo da produção do «óvulo».

b) — *Em relação ao marido da mãe*

34. Não houvera normas legais específicas e poderíamos dizer que estávamos remetidos para as regras gerais, de onde resultaria ser sempre discutível quem é «o pai da criança».

Desde a alteração ao Código Civil operado pelo dec.-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro de 1977, temos regras próprias a este respeito, o que demonstra que o legislador nacional resolveu encarar como com permissão e, logo, com dignidade de ser regulado, o fenómeno da inseminação artificial. Fica-nos sempre a sensação de que o Direito da Família correu demasiado lesto na nossa legiferação antes de que tenham sido promulgadas normas que provejam a todos os problemas, necessariamente anteriores, que vimos abordando. Mau sintoma, parece, de falta de critério seguro e de desejo de remediar o que primeiro devia ser ponderado.

Antes da recente legislação, o legislador, não desconhecendo a inseminação artificial, fez questão de não tirar desta quaisquer consequências. Assim, preceituava o art.º 1799.º do Código Civil, na redacção de 1966, que «a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei». Isto é, nem o filho de mulher solteira podia obter declaração judicial de paternidade invocando a pessoa do dador de sémen; nem o filho de mulher casada ou o marido desta podiam invocar a inseminação para desfazer a presunção de que o filho nascido na constância do matrimónio é filho do marido da mãe.

35. Aquela disposição legal foi, porém, revogada.

E hoje estabelece-se (aliás, na conformidade do citado Projecto — P.R. art.º 7.º-1) que «não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu» (Código Civil, art.º 1839.º-3). Nenhuma outra disposição específica existe.

Daí resultam consequências de grande monta.

A primeira — e ainda quanto ao marido — é a de que, tendo este consentido na inseminação, não pode discutir a sua paternidade... mesmo que toda a gente saiba que o esperma é de outrem (inseminação heteróloga).

No entanto, não diz a lei como deve ser conhecido esse consentimento, o que não deixa de ser grave. Por isso, temos de admitir que se possa provar quer por ter havido declaração de consentimento expressa (por palavras ou por escrito) quer por resultar de actos que o admitam como tácito de modo inequívoco (Código Civil, art.º 217.º).

A segunda consequência é a de que se, pelo contrário, não anuiu à prática, o marido pode impugnar a presunção de paternidade que resulta da constância do matrimónio nos termos gerais, provando que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade é manifestamente improvável (Cód. Civil, art.ºs 1826.º e 1839.º-3).

O demais refere-se no sub-título seguinte.

c) — *Em relação ao dador*

36. Contém o Projecto por demais citado disposição própria que recomenda: «Nenhuma ligação de filiação entre o dador e a criança concebida por inseminação artificial pode ser estabelecida» (art.º 7.º-2).

A lógica do sistema é a que advém do sigilo rigoroso quanto à pessoa do dador, com reforço para o caso de prática heteróloga como aquela de que prevalentemente nos temos ocupado.

37. A nossa lei, porém, nada prescreve de semelhante, pelo que, havendo o artigo atrás mencionado (art.º 1839.º-3) e não subsistindo disposição do tipo da do antigo art.º 1799.º, forçoso é atermo-nos aos princípios gerais.

Daí resulta que é possível, contra toda a deontologia imamente da obrigação de sigilo, violar esta regra para procurar a pessoa do dador a fim de lhe tributar a paternidade do nascido. Não há dúvida de que, como dissemos, o legislador não foi cauteloso e que, por isso, aqui se revela o perigo de regulamentações truncadas.

38. Gostaríamos finalmente de lançar à consideração problema delicado para o qual não cremos que a lei actual encontre saída, e que por si mesmo revela mais uma vez de como as potencialidades científicas podem negar a natureza ou, antes, tornar-se em agressoras do homem.

Referimo-nos às possibilidades quase ilimitadas que resultam do congelamento de esperma. Daí poderá, por exemplo, advir que, em inseminação homóloga, possa vir a nascer criança de pai que foi casado com a mãe e já faleceu, tendo sido a inseminação, por uso do esperma do falecido, feita muito depois da morte! Ou, em caso de inseminação heteróloga, ser alguém sempre filho de um morto, bem morto ao tempo da concepção.

Não sabemos que solução jurídica, sem desbancar a natureza das coisas, encontrar para casos destes. Resta-nos a estupefacção... perante o «admirável mundo novo», de cujas virtudes nesta perspectiva nos permitimos duvidar apenas porque está em causa o homem e este não é nem pode ser objecto das realidades científicas, mas sempre «sujeito».