

DIREITO E BIOÉTICA (*)

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

I — *Delimitação do tema*

Ocorre desde logo delimitar o tema.

O conceito de bioética é extensíssimo. Mas dispensa-se o esforço de traçar uma definição, aliás bastante controvertida (1), porque seguramente ficaremos aquém das suas fronteiras. Interessa-nos apenas entrelaçar vida humana, ética e direito; ou, se quisermos, as intervenções sobre o homem como ser biológico à luz da ética e do direito.

Mesmo assim, é um grande domínio fervilhante, cujo conteúdo resulta antes de mais da história recente. Há que estudar o homem ser biológico na sua totalidade: desde o embrião, e antes ainda, desde o património genético, até ao cadáver, e tudo valorar à luz da ética e do direito.

É então necessário um estudo interdisciplinar, em que é fundamental o tripé constituído pela Biologia, a Ética e o Direito. Porém, advirto que tudo o que respeita à Sociologia e às Ciên-

(*) Texto-base da conferência pronunciada em 5-XI-90 no Curso sobre *Direito da Saúde e Bioética*, promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e pela Escola Nacional de Saúde Pública.

(1) Cfr. Cocopalmerio, em *Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo*, publicação do Instituto Internacional de Estudos dos Direitos do Homem, coordenada por Guido Gerin, Cedam (Pádua), 1987, 13 e segs..

cias Médicas será dado por conhecido, ou referido com toda a humildade de quem só tem a aprender na matéria; e que a exposição será conduzida para o ponto em que poderei trazer o contributo específico — o Direito.

De facto, em tudo o que respeita ao conhecimento e às possibilidades de intervenção sobre o homem como ser biológico tem havido avanços extraordinários nos tempos recentes; esses avanços trazem também problemas extraordinários à meditação ética e à prática jurídica.

Convém porém desdramatizar a situação, distinguindo o que há de novo do que se repete. Os problemas são na verdade extraordinários; mas não alteram a relação qualitativa que sempre mediou entre as ciências da natureza e as ciências normativas. Sempre as descobertas científicas trouxeram objecto de meditação para a análise filosófica e jurídica. Apenas, a aceleração das descobertas científicas obriga a uma aceleração dessa análise; e as acrescidas possibilidades de intervenção sobre o ser humano obrigam a levar mais longe a meditação sobre a natureza essencial do homem. Mas hoje como ontem se responde à mesma necessidade fundamental de que marchem a par as ciências da natureza e as ciências normativas, para que o progresso se faça ao serviço do homem, e não em seu detrimento.

Se a problemática não é assim dramática na sua essência, é dramática na instância com que se coloca.

II — *Ética*

O primeiro grande problema a apontar é porém o da fixação do próprio critério ético de apreciação.

Há uma *moral social*, positivada através da sua aceitação generalizada na sociedade. Será aquilo que se pratica ou é tido por moral em certo meio histórico. Tem necessária influência no direito e é um critério de julgamento da adequação das soluções trazidas pelo legislador. Por exemplo em país onde predominem a promiscuidade, ou a poligamia, ou a exploração do trabalho da mulher pelo marido, é impossível legislar ignorando estas realidades.

Mas o debate sobre a bioética faz apelo a outra figuração da moral. Pressupõe-se uma noção objectiva que iluminaria a realidade ostentada pela ciência.

Mesmo assim, ainda encontramos o obstáculo representado pelos vários entendimentos que da ética, mesmo não positivada, se fazem. Particularmente importante foi e continua a ser uma ética *subjectivista* ou *voluntarista*, que faria o ditame ético nascer da vontade do homem, como sua fonte, em vez de ser trazido ao homem do exterior.

Não é porém esse o acento que caracteriza genericamente o nosso tema. Fala-se numa moral absoluta — o que não dizer imutável — que se fundaria na natureza; e muito particularmente, na natureza racional ou espiritual do homem.

Em matéria de bioética, esse parentesco é reforçado pela aproximação que tem havido da doutrina dos *direitos do homem*. Procura-se descobrir o que caracteriza essencialmente o homem e daí concluir sobre as exigências éticas. O apelo aos direitos naturais do homem — embora fosse susceptível doutras leituras — leva a privilegiar o que se apresenta conforme com a natureza deste.

Essa visão implica o repúdio da concepção do homem como *ser biológico*. O homem não é um mero ser biológico que se explica e conduz num sentido de harmonia naturalística, mas um ser ético, porque a sua natureza é racional (melhor, espiritual). Tem os seus fins intrínsecos, e deve ser na sua totalidade, biológica e racional, orientado no respeito da obtenção desses fins.

III — *Valoração constitucional*

Há porém que perguntar se semelhante ética absoluta será compatível com a Constituição.

Vivemos em tempo de pluralidade. A pluralidade implica diversidade. A diversidade parece implicar relativismo.

As leis e a governação surgem-nos como o resultado de armistícios entre várias orientações, perguntando-se como é isso compatível com uma ética absoluta.

Todavia, reflectindo um pouco, verificamos que nenhum país, sobretudo numa civilização antiga como a nossa, pode subsistir sem uma *base fundamental de princípios comuns*.

Para além de toda a diversidade, que atinge os aspectos mais concretos de actuação do poder, há um núcleo de entendimento ético que provém justamente logo da cultura europeia.

Na nossa Constituição, estes princípios encontram expressão através sobretudo do relevo que é dado aos *direitos, liberdades e garantias* dos cidadãos, que representam limites da revisão constitucional (art. 288.º/d). Esses direitos não são contingentes, porque exprimem uma visão essencial de pessoa humana, que não é criada pelo Direito mas servida por ele (?). É a própria Constituição que impõe pois uma análise da problemática fundamental à luz de considerações de ética absoluta.

Nenhum princípio, por mais absoluto, pode ter realização prática senão através do espírito do homem. Essa passagem implica a possível diversidade na aplicação dos princípios: formam-se maneiras distintas de ver, que não podemos do exterior condenar. Mas essas maneiras de ver colocam-se ao redor duma base objectiva, a pessoa humana, que a Constituição nos manda absolutamente observar.

Debalde procuraremos na Constituição a solução dos problemas concretos de que se ocupa a Bioética (?). Não há porém que procurar na Constituição soluções concretas, mas grandes orientações. E essas há que buscar, não apenas à luz da noção substancial de pessoa, mas pela análise do conteúdo de direitos consagrados, como o direito à vida, à integridade pessoal e outros, na sua projecção possível sobre o nosso tema.

IV — *Ética e direito*

Do carácter absoluto da ética não se pode porém inferir que todo o seu conteúdo deva ser trasladado para o direito.

Já não temos em conta tudo o que na ética é meramente intrasubjectivo, como o que se refere exclusivamente ao aperfei-

(?) É uma substância, não apenas uma figura funcional e formal. A pessoa não se limita a ser sujeito de direito.

(?) Cfr. Paladin, em *Modificazioni* (cfr. nt. 1) 80-82.

çoamento da pessoa, sem reflexo directo na vida de relação. Para além disso, bem pode acontecer que, concluindo-se embora que a ética orienta num sentido, se deva concluir que o direito se deve abster de intervir.

De há muito que se afirmou que o direito seria um *mínimo ético*, no sentido que só receberia da ética um mínimo de orientações, que todavia tivessem uma particular exigência de observância na vida social. Seja ou não inteiramente correcto (4), esta concepção ilustra bem a distância que vai da apreciação ética a uma disciplina jurídica (5).

No caso da Bioética, há numerosas outras razões que podem levar a que uma orientação, mesmo que firmemente estabelecida no plano ético, não deva ter repercussão no plano jurídico. Basta pensar na vertiginosa evolução dos fenómenos em análise, na relativa juventude desta problemática, ainda não devidamente equacionada, e na vantagem de fazer prosseguir um debate que leve à formação de consensos.

Tudo isto conduz a que possamos afirmar como um princípio de Política Legislativa, nas condições actuais, o de um carácter mínimo da intervenção do legislador.

Mas isso não significa, por outro lado, um convite à *inércia legislativa*.

Muitos problemas estão já completamente equacionados. A inércia só conduz à prossecução de práticas condenáveis e à consolidação de situações que amanhã se tenderão a apresentar como «direitos adquiridos».

Também se podem tirar conclusões indevidas de certos tipos de intervenções parcelares que se realizarem. Não é pelo facto de só se terem banido ou virem a banir as situações mais chocantes que haverá que concluir que todas as outras são lícitas.

(4) Cfr. o nosso *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 6.ª ed., Almedina, 1990, n.º 41.

(5) Valdrini, em *Bioéthique et Droit*, publicação do Centro Universitário de Estudos Administrativos e Políticos da Picardia, coordenada por Michele Harichaux, PUF, 1988, 231 e nt., refere-nos situações em que a Igreja Católica opôs objecções éticas, sem todavia considerar que existe violação dos direitos fundamentais e portanto se reclama uma protecção legislativa.

Isso poderá estar ligado a certas regras penais. A criminalização é sempre uma *ultima ratio*, pelo que é quanto possível restrita. Imaginemos assim que se incrimina somente a eutanásia sem consentimento. Daí não haverá que inferir que é lícita a eutanásia consentida, mas simplesmente que não é objecto da reacção penal.

Enfim, não penso que a disciplina legislativa se deve limitar àqueles sectores em que as formas de intervenção são já possíveis à ciência actual. Pode bem ser necessário, em certos casos, andar à frente duma *evolução previsível*, para prevenir males que, consumada ela, se pudessem verificar, ou mesmo para vedar caminhos para objectivos que poderiam ser trilhados na falta duma orientação.

V — Problemas — A. Reprodução

Um rápido apanhado dos problemas que se têm suscitado, com relação com este sector, mostra a riqueza da problemática, e impõe que limitamos os temas sujeitos à nossa apreciação.

Podemos dividir essa problemática, consoante respeita, quanto ao ser humano, à:

- reprodução
- existência
- morte

A reprodução ou procriação abrange tudo o que concerne à função reprodutiva, até ao nascimento.

São assim referíveis:

- a) práticas anti-concepcionais. Aqui se entrelaçaria com o tema, já económico-social, do malthusianismo.
- b) profilaxia
- c) esterilização, que pode ser eugénica ou espontânea.
- d) diagnóstico pré-natal, que suscita problemas éticos e sociais

- e) diagnóstico pré-matrimonial, que foi discutido, particularmente quanto à obrigatoriedade ⁽⁶⁾
- f) manipulação genética, que pode porém ser considerada mais tarde como um aspecto de engenharia genética.

Vamos examinar em especial dois grandes aspectos:

- procriação artificial
- estatuto do embrião

VI — *Procriação artificial*

A — A *inseminação artificial* é realizada pela introdução de sémen:

- na futura mãe
- numa hospedeira

Se é na futura mãe, há que distinguir a inseminação:

- homóloga
- heteróloga

É homóloga se há um casal na iniciativa da procriação e o sémen provém do varão. Nos outros casos é heteróloga: o sémen provém dum dador.

Se é numa hospedeira, só releva aqui se o sémen for do varão. Parece dever estar ligado a uma transferência de embrião, da hospedeira para a futura mãe, o que nos faz cair nas hipóteses seguintes.

B — Fecundação artificial

Toda a fecundação é artificialmente provocada.

Pode porém a fecundação dar-se:

- no útero da futura mãe
- *in vitro*
- no útero duma hospedeira

(6) Cfr. Albanese, em *Modificazioni* (v. nt. 1), 68.

Em qualquer caso, a fecundação resultará da reunião dos elementos que se combinarão seguidamente no embrião.

Também se pode distinguir a fecundação em:

- homóloga
- heteróloga (7)

Analogamente, não poderia colocar-se a hipótese de uma fecundação artificial duplamente heteróloga.

Se a fecundação se faz *in vitro* é necessário seguidamente implantar o embrião no útero. Mas esse aspecto será considerado a propósito do embrião.

O esperma e/ou os óvulos utilizados na fecundação artificial podem ser:

- frescos
- congelados

Deste modo, pode a fecundação só se dar muito tempo depois. Pode assim alguém ser gerado (formado o embrião) após o falecimento dos progenitores biológicos. Foram debatidas situações típicas, que levaram, ou à autorização do tribunal para a utilização do sémen do marido falecido para fecundar a viúva, ou (na Austrália) à destruição de óvulos fecundados para evitar que surgisse alguém que viesse a herdar de progenitores já falecidos (8).

Mais em geral, sempre que se ultrapassa artificialmente a vida dos progenitores, biológicos ou de destino, surgem problemas. Há um ser potencial condenado à orfandade. A situação é anómala no plano do estabelecimento da filiação e do direito sucessório. Pode a ocorrência estar ligada a vontade de uma pessoa de se prolongar para além da morte, ou à vontade da viúva de gerar um filho do marido falecido. Tende-se porém a considerar que, eticamente, tal vontade não prevalece sobre o direito de todo o novo ser a ter quanto possível uma vida familiar normal (9).

(7) Com esta se associa a distinção da fecundação artificial em essencial e inquinada, referida por Coccopalmerio (v. nt. 1), 18, sendo a última caracterizada pela intervenção de elementos de pessoa estranha ao casal.

(8) Cfr. Ramon Martin Mateo, *Bioética y Derecho*, Ariel, 1987, 35.

(9) Neste sentido de Clermont, *Bioéthique* (v. nt. 5), 236.

Da multidão de problemas ético-sociais que se suscitam, vamos isolar apenas um: a relação, na fecundação artificial heteróloga, entre o dador e o novo ser.

As posições vão desde a defesa do anonimato à afirmação de paternidade do dador. O anonimato é defendido, entre outras razões, pela necessidade de consolidar o novo ser no meio que o desejou. Seria perturbadora a entrada dum estranho no meio familiar — sobretudo quando se trata dum casal e o estranho pode tomar função substitutiva em relação a um dos membros deste. Para alcançar este desiderato vai-se desde a mistura de sémen de vários dadores, para não ser possível determinar qual foi afinal decisivo, até à obrigação de os intervenientes técnicos guardarem segredo sobre a origem do sémen. E em consequência, na generalidade das leis nega-se a filiação jurídica em relação ao dador.

Mas também há orientações em sentido contrário. Invoca-se então a necessidade médica do conhecimento dos antecedentes hereditários e a necessidade psicológica de cada um conhecer a sua estirpe. Desta posição descorre a necessidade dum registo dos dadores intervenientes. Mas pode conduzir ou não à afirmação de um nexó jurídico de filiação, como veremos depois.

VII — *Embrião e feto*

São numerosas as formas possíveis de intervenção sobre o embrião e o feto ⁽¹⁰⁾.

Os grandes problemas surgem por o embrião poder ser separado da mãe ou até formado *ab initio* no exterior.

Neste último caso, tanto pode ser introduzido imediatamente no útero como ser conservado por congelação. E com isto pode ultrapassar a vida do casal de que geneticamente provém, ou a que se destinaria. Esta eventualidade é mais provável quando se

⁽¹⁰⁾ Como exemplo de intervenção favorável temos a injunção, nos E.U.A., para a manutenção artificial da vida da mãe grávida, até tornar possível o nascimento do filho: Martin (v. nt. 8), 11.

trata dos chamados embriões excedentários, portanto os que após uma fecundação artificial não se tornou necessário utilizar.

A dilação cria problemas análogos aos que referimos já a propósito da fecundação artificial. Têm-se formulado prazos dentro dos quais a utilização se deveria fazer ⁽¹¹⁾.

Subsiste porém o problema do destino a dar a estes embriões, quer seja determinado pelos «encomendantes» quer pela entidade de guarda. Mais genericamente, toda a fecundação artificial traz em todo o caso a problemática do embrião não utilizado. Basta que a destinatária faleça entretanto, por exemplo. Mesmo que não aplicado a experiências científicas, qual o seu destino? Será provavelmente o aniquilamento, quando o embrião não é utilizado numa hospedeira.

A possibilidade de realização de *experiências científicas com embriões humanos* tem sido vivamente discutida. Quando são admitidas ⁽¹²⁾, ressalva-se que o embrião usado para experiências não pode ser transferido para o corpo da mulher. Queria isto dizer que, dos embriões, uns tantos seriam portadores de vida, outros seriam condenados.

Por um outro prisma; nos casos da fecundação *in vitro*, o embrião deve ser implantado no útero. Mas pode sê-lo no útero:

- de quem tomou a iniciativa da procriação
- duma hospedeira

Pode também haver transferência do embrião, do útero da mãe biológica para o duma hospedeira. A mãe uterina não surge pois necessariamente associada à fecundação artificial.

Temos assim a figura das mães de aluguer. Fala-se ainda em transferência autóloga, se o embrião é implantado no útero da mulher que forneceu o óvulo, e em transferência heteróloga no caso contrário ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ 10 anos, segundo o relatório Warnock (Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1984), findos os quais o embrião ficaria à disposição da entidade de guarda: concls. 31 a 33.

⁽¹²⁾ Sete dos membros daquela comissão fizeram declarações dissidentes.

⁽¹³⁾ Franciska Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Staempfli (Berna), 1987, 39-40.

Distingue-se com isto uma maternidade:

- genética
- uterina
- social

A genética corresponderia à proveniência biológica.

A uterina caberia a quem traz o embrião e dá à luz.

A social assentaria na inserção do novo ser em meio que o cria e educa.

Hoje em dia, os três tipos de «maternidade» podem estar dissociados.

Procedemos a estas distinções porque a complexidade social implica a complexidade jurídica. Adivinha-se a revolução que estes factores operam no estabelecimento da filiação. Deste falaremos a final.

VIII — *Aborto*

Surge enfim a problemática do *aborto*.

Podemos distinguir o aborto por indicação ⁽¹⁴⁾:

- terapêutica
- eugénica
- ética e criminológica
- económico-social

A Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, admitiu o aborto por indicação terapêutica, eugénica e ética e criminológica. Faremos depois a avaliação técnico-jurídica.

A discussão sobre o aborto é vastíssima, e não podemos ter a pretensão de a empreender aqui. Observamos apenas que, sendo um dos grandes argumentos a favor da legalização do aborto afastar as situações de clandestinidade, a lei afinal não tem pratica-

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. Almeida e Costa, *Aborto e Direito Penal*, *Rev. Ord. Adv.*, ano 44, 556 s..

mente nenhuma incidência nesse aspecto porque a grande maioria dos abortos é praticada por indicação económico-social, que não é admitida.

A defesa do novo ser deve estender-se ao embrião formado *in vitro*. Na sequência da posição que tomámos quanto à pesquisa em embriões, acentuaríamos que o embrião não pode ser colocado ao serviço de fins que sejam estranhos à potência de vida autónoma que representa. Mesmo excluindo a produção de embriões com fins científicos, o problema suscita-se com particular gravidade perante os embriões chamados excedentários ou supranumerários, em relação a uma concreta utilização⁽¹⁵⁾. Tende-se a atribuir a decisão sobre o seu destino primariamente aos pais ou beneficiários⁽¹⁶⁾ mas esconde-se em geral, eufemisticamente, que esse destino será frequentemente o aniquilamento⁽¹⁷⁾.

Surge assim a figura do *embrionicídio*, que se coloca paralelamente à do aborto. Veremos depois qual a relação.

IX — *Existência*

Ao longo da existência humana, do nascimento à morte, suscitam-se também numerosos problemas do domínio bioético.

Temos assim, a título de exemplo:

- a) Transplantes de órgãos e tecidos⁽¹⁸⁾.
- b) Mudanças de sexo
- c) Contágio, em especial sexual
- d) Intervenções no cérebro, que podem acarretar alterações de personalidade⁽¹⁹⁾

⁽¹⁵⁾ Cfr. por exemplo Albanese, *Modificazioni* (v. nt. I), 73.

⁽¹⁶⁾ Cfr. por exemplo De Clermont, *Bioéthique* (v. nt. 5), 237.

⁽¹⁷⁾ Assim acontece no projecto português da «Comissão para o Enquadramento das novas Tecnologias», de que falaremos mais tarde. Dizendo-se que o destino será em última análise decidido de acordo com o Parecer do Conselho Nacional de Bioética (art. 37) omite-se a descrição material desse destino.

⁽¹⁸⁾ Foram entre nós objecto da Lei n.º 1/70, de 20. II.

⁽¹⁹⁾ Veja-se uma referência a esta matéria em Albanese, *Modificazioni* (v. nt. I) 72.

- e) Análise genética, cuja divulgação pode ter graves repercussões sociais, nomeadamente em termos de emprego ⁽²⁰⁾
- f) Investigação científica em seres humanos.

A *manipulação genética*, em parte, é uma manifestação da investigação científica em seres humanos ⁽²¹⁾. Será esta que examinaremos em particular.

É neste domínio que se verificam as descobertas mais espantosas. Porque se torna possível a manipulação genética, torna-se possível actuar, não só sobre o indivíduo presente, como sobre a estirpe ou a espécie.

Distinguiria com Luís Archer ⁽²²⁾ cinco tipos de intervenções:

- 1) terapia genética em células somáticas
- 2) terapia genética em células da linha germinal
- 3) terapia genética no embrião
- 4) reforço de caracteres humanos desejáveis
- 5) «melhoramento» da espécie humana

Isto não significa que todos estes domínios estejam imediatamente ao dispor da ciência no que respeita à actuação sobre humanos. Por indicação pessoal do próprio Luís Archer, o 1.º está já em execução; o 4.º também já é tecnicamente factível mas ainda não foi posto em prática por receios éticos; os restantes (incluindo o 2.º) não estão ainda ao alcance do homem.

Se situações como a referida em primeiro lugar, não suscitam preocupação especial, diferente é o caso noutras situações, particularmente no melhoramento da espécie humana, onde se

⁽²⁰⁾ Relativiza todavia a possibilidade de abuso Luzzato, *Modificazioni* (v. nt. I), 91-92.

⁽²¹⁾ Cfr. Labrousse-Riou, *Modificazioni* (v. nt. I), 31. Albanese, *Modificazioni* (v. nt. I), 70-71, observava que há doenças que são unicamente humanas, pelo que em relação a elas a experimentação teria de ser humana também.

⁽²²⁾ Depoimento no Parlamento Europeu sobre «Problemas éticos relativos à engenharia genética no homem» (1986); *Questões éticas e sociais implicadas na análise do genoma humano*, em publicação na revista *Arte Médica Portuguesa*.

arriscam resultados aterradores, bem explorados pela literatura de ficção científica. Sobretudo por não ser lícito a uma geração dispor das gerações futuras.

Neste domínio, o Conselho da Europa elaborou, em 1982, uma recomendação, considerando que os direitos à vida e à dignidade humana protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem implicam o direito à integridade dum património genético que não tenha sido artificialmente modificado. Fica de fora a terapia de doenças genéticas.

Luís Archer questiona esta fronteira, que considera extremamente difícil de traçar; e propõe como critério a contraposição do que represente alterações universalmente aceites como desejáveis e todas as outras.

X — *Morte*

Enfim, a bioética confronta-se com a problemática da morte. E assim, poderemos referir problemas a:

- a) determinação do momento da morte
- b) técnicas de reanimação
- c) suicídio (nomeadamente o auxílio ao suicídio)
- d) estatuto do cadáver, a nomeadamente a colheita de órgãos e tecidos dos cadáveres
- e) a eutanásia, quer nas forma activa quer passiva.

Acrescentaremos apenas duas breves observações.

A determinação do momento da morte é importante, entre outros efeitos, como ponto de partida para a colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres.

O critério da *morte cerebral* permite considerar que a pessoa que mantém algumas funções orgânicas, principalmente por estar ligada a uma máquina, pode ser não obstante clinicamente considerada morta.

Essa manutenção artificial torna-se desejável por melhorar as condições de colheita desses produtos.

Se eticamente nada haverá a dizer, em todo o caso o processo cria problemas sociais e psicológicos muito graves.

Será muito difícil ver socialmente aceite como morta uma pessoa que «vive» amarrada a uma máquina. Todos dirão que é quando se desliga a máquina que morre (quando «morre» ...).

Por outro lado, o processo será sempre objecto de suspeita, sobre a correcção da decisão que declara a pessoa morta para o efeito de permitir a colheita de órgãos e tecidos em condições ideais.

A outra observação respeita à *eutanásia*. É só uma reflexão. Durante milénios, a dignidade da medicina baseou-se no juramento de Hipócrates, segundo o qual o médico serve sempre a vida e não a morte. Os grandes exemplos históricos de degradação são aqueles em que médicos se puseram ao serviço da morte. Essa dignidade milenar é agora questionada, perante situações que não apresentam diferença qualitativa em relação às antecedentes.

XI — *Jurídico*

Muito brevemente, procuremos fixar traços da intervenção jurídica neste domínio. Mas teremos de nos resignar a focar aspectos parcelares.

O apanhado das intervenções actuais é necessariamente muito disperso. Podemos referir legislação sobre:

- 1) Colheita de órgãos e tecidos em pessoas vivas
- 2) Colheita de órgãos e tecidos em cadáveres
- 3) Fixação do momento da morte
- 4) Suicídio
- 5) Eutanásia
- 6) Aborto (incluindo a objecção de consciência) ⁽²³⁾
- 7) Bancos de esperma
- 8) Nascituro

Para além disso há a disciplina corporativa, particularmente a emanada da Ordem dos Médicos.

⁽²³⁾ Sobre esta matéria cfr. o art. 4 da Lei n.º 6/84; Martin (v. nt. 8), 39, que toma posição negativa em relação a certas recusas médicas.

A nossa primeira observação vai no sentido duma preferência pela *autoregulação*, particularmente médica. Essa preferência, aliás geral, é reforçada pelo estado particular da evolução em muitos domínios, em que dificilmente quem não for interveniente terá possibilidade de posicionamento correcto. Os códigos éticos, ou as deliberações de comissões éticas, são o elemento adequado para compensar o desarmamento legislativo.

Mas justamente esta preferência tem de ser acompanhada duma intervenção legislativa. Salvo nos casos em que há uma estrutura corporativa implantada, a autoregulação ética não tem condições de atingir quem a ela se não queira submeter. Se se quiser dar mais solidez a esta estrutura inicial, há que estabelecer as condições de vinculação dessas deliberações e as sanções que as acompanham. Isso só pode resultar de lei ⁽²⁴⁾.

Portanto, logo a preferência por uma disciplina espontânea nos impõe, paradoxalmente, a primeira forma de intervenção legislativa.

Mas nem só por esta razão a intervenção legislativa é já necessária. Aquelas estruturas, a existirem, são insuficientes. E há aspectos que pedem já uma lei, quer por estarem já bem equacionados os problemas, quer por razões de urgência numa intervenção.

Entre nós foi criado o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Lei n.º 14/90, de 9 de Junho), que tem competência para promover estudos, emitir pareceres e fazer recomendações neste domínio. Mas há que ir mais longe.

Determinadas actividades devem ser submetidas a um *regime de autorização*. Deverá haver entidades especializadas que tenham a função de autorizar as práticas que mais se receiam.

Assim acontece em numerosos países ⁽²⁵⁾. A submissão a um órgão que tendencialmente será estatal, e que implica burocratização, parece ser compensada, por um lado pela especialização técnica dessas agências, por outro lado pela relevância dos interesses em causa. Assim, experiências sobre embriões, a serem

⁽²⁴⁾ Cfr. Gerin, *Modificazioni* (v. nt. 1), 160.

⁽²⁵⁾ Para os Estados Unidos, cfr. Gilroy, *Modificazioni* (v. nt. 1), 165; em geral, cfr. Gerin, *ibid.*, 151 segs..

admissíveis, deveriam ser sujeitas a um regime de autorização, com necessidade de apresentação prévia dum plano esclarecedor de pesquisa. Podemos dizer que esta é a tendência geral em países em situação semelhante ao nosso.

O que não deveria acontecer seria a criação dum monopólio estatal, através do qual certas entidades tivessem legitimidade exclusiva para actuar em domínios bioéticos — pelo menos no campo da manipulação genética. Semelhantes monopólios arriscam-se a criar atraso. A mera superintendência parece ser suficiente.

Põe-se mesmo a hipótese de o órgão de tutela não dever ser simultaneamente órgão de pesquisa, para não surgir como o competidor natural dos que a ele se dirigissem, ficando em causa a sua imparcialidade.

Mas logo associada a esta preocupação deveria vir outra. As tarefas críticas no domínio da bioética não deveriam ser desempenhadas por entidades com fim lucrativo.

Este é um domínio que por natureza deve estar fora da competição mercantil. O que está em jogo é demasiado importante para que se devam correr riscos.

Assim, ao *boom* da fecundação artificial não é estranha certamente a incidência económica ⁽²⁶⁾. Seria bom se preocupações lucrativas não falseassem um sector em que estão em jogo aspectos fundamentais da personalidade.

Na sequência, deveria estabelecer-se o princípio da gratuidade das doações que fossem autorizadas. Assim como a doação de sangue não deve ser transformada em actividade profissional, quaisquer outras doações de partes ou produtos do corpo humano deveriam estar submetidos a um regime de oferta, socialmente animada se necessário. Mas não deveriam ser venalizadas.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cosmi, *Modificazioni* (v. nt. 1), 59-60. Por seu turno, o Dep. José Magalhães, no debate na Assembleia da República que antecedeu a criação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida falou «num sórdido e muito lucrativo comércio de embriões e fetos, vivos ou mortos, de tecidos e órgãos».

XII — *Engenharia genética*

Apesar do ambiente duma certa expectativa que rodeia este sector, há já situações que parecem suficientemente detectadas para permitir intervenções legislativas.

Mas sobretudo, se o critério assenta na distinção entre o que representa verdadeiramente melhoramento e o restante, isso já nos dá uma base para excluir intervenções arbitrárias sobre seres humanos.

A distinção, porém, não prescinde da mediação dum juízo técnico sobre cada caso. Por isso nos parece que neste sector a solução adequada estará em submeter os projectos de investigação ou de intervenção a um conselho técnico de quem dependa a autorização.

XIII — *Procriação artificial*

A procriação artificial suscita numerosos problemas do foro bioético e jurídico.

Haverá um *direito de cada pessoa a ter filhos*? Semelhante direito não seria biologicamente fundado, pelo que pressuporia o recurso a meios de procriação artificial. Mesmo assim, é impossível assegurar sempre a ligação biológica entre um ser actual e um novo ser.

Nestes termos limitados, falou-se num direito de dar a vida, que nos parece impossível fundar no direito à vida (27). Também se falou no direito de os celibatários fundarem uma família.

O problema não pode porém ser colocado só nesta perspectiva, porque é necessário resguardar também os direitos do novo ser.

E em relação a este, é de afirmar desde logo o *direito a uma filiação normal*, o direito a um pai e uma mãe. Porque o filho não pode ser instrumentalizado, a procriação artificial só se deveria estender nos limites em que este direito se resguardasse. Isto choca

(27) Cfr. Albanese, *Modificazioni* (v. nt. 1), 76.

com os processos de inseminação e fecundação heteróloga, que por natureza o contrariam ⁽²⁸⁾.

A lei portuguesa não atende porém a este limite, ao regular a inseminação e fecundação artificiais heterólogas (Dec.-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro) ⁽²⁹⁾. É certo também que a lei se propôs atalhar, a título de emergência, práticas como a inseminação artificial com sémen fresco, sem tomar posição definitiva quanto a outros problemas ético-jurídicos que aliás enuncia ⁽³⁰⁾.

Em todos os casos de procriação artificial heteróloga suscita-se o problema da relação entre o dador e o novo ser. Se o dador não participa dum projecto de paternidade mas dá uma mera contribuição biológica, não deverá ter nenhum direito em relação ao novo ser, por força de princípio implícito no art. 1839/3 do Código Civil, como veremos.

Mas que acontece relativamente ao novo ser? A tendência dominante a nível comparatístico está em garantir o *anonimato* do dador. Em Portugal poderia querer retirar-se a mesma conclusão do art. 1987.º do Código Civil, que proíbe o estabelecimento e prova da filiação natural após decretada a adopção plena. Mas não há analogia, até porque a procriação artificial nem sempre resulta de iniciativa conjunta do casal a quem o novo ser se destina, e além disso o art. 1987.º é preceito substancialmente excepcional, não podendo ser aplicado por analogia.

Parece-nos que considerações pragmáticas, de utilidade social, se chocam neste caso com considerações éticas. Haja ou não laço de filiação, cada ser deveria poder conhecer donde provém. Não

⁽²⁸⁾ Neste sentido cfr. por exemplo Cornu, Gérard — *La procréation artificielle et les structures de la parenté*, na *Rev. Ord. Adv.*, ano 46 II, Set./86, que fala num «droit à la biparenté» (457-458), que contrariaria a formação de famílias unilineares (maternais) (455).

⁽²⁹⁾ Há ainda na lei portuguesa a previsão do art. 214.º do Código Penal, que incrimina a prática de inseminação artificial em mulher sem o seu consentimento.

⁽³⁰⁾ Pelo contrário, o Projecto da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias sobre «Utilização de técnicas de procriação assistida» institucionalizaria a procriação artificial heteróloga. Cfr. a publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito (Coimbra), 1990, donde constam também os votos de vencido do representante da Ordem dos Médicos e de Luís Archer.

é só uma ligação biológica; há um momento humano, no conhecimento do passado ou dos antecedentes de cada um. Doutro modo, estaremos condenando à generalização uma figura paralela a outra que foi sempre combatida — o filho de pai incógnito.

A Constituição consagra os direitos de integridade moral e física (art. 25.º) e à identidade pessoal (art. 26.º). Estas garantias têm sido colocadas na base do direito do filho ilegítimo de estabelecer juridicamente a paternidade⁽³¹⁾. Seguramente que esteiam o direito de qualquer pessoa de conhecer a sua proveniência biológica, esteja ou não este conhecimento associado ao estabelecimento jurídico da filiação.

Guilherme de Oliveira anota neste sentido uma lenta evolução comparada, no sentido da formulação dum direito ao conhecimento da historicidade pessoal, aspecto da tutela geral da personalidade (Alemanha) ou pelo menos no de facultar o conhecimento da paternidade do progenitor em casos concretos e graves de perigo para a saúde física ou psíquica do filho (como nos E.U.A.)⁽³²⁾.

Assim sendo, as práticas de procriação artificial heteróloga implicariam a instalação e manutenção dum registo.

XIV — *Estatuto do embrião*

Os actos relativos ao embrião merecem uma atenção muito especial.

O respeito à pessoa engloba o respeito ao corpo, e este às partes do corpo.

A — O embrião não é uma coisa

Ainda que separadas, as partes do corpo humano conservam ou podem conservar um significado especial. Na medida em

⁽³¹⁾ Assim Guilherme de Oliveira, *O direito de filiação na jurisprudência recente, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, III, Coimbra, 1983, 121.

⁽³²⁾ *O Estabelecimento da filiação. Mudança recente e perspectivas*, em *Temas de Direito da Família*, Almedina, 1986, 109-110.

que ainda traduzam a vida, como no material colhido para transplantes, não são coisas. O estatuto jurídico é diferente: são parte do corpo e não uma coisa ⁽³³⁾.

Essa dignidade é acrescida quando essas partes se mostram aptas a desempenhar uma função. Assim, o sémen ou os óvulos nunca poderão ser coisificados, pois têm já por si uma dignidade especial, pela potência de vida que contêm.

Por maioria de razão isso acontece com o embrião. Ele não pode ser propriedade de ninguém ou objecto do comércio jurídico.

Neste sentido, considerar que todos os actos podem ser praticados pela mãe porque o embrião é *parte do corpo da mãe* é logo a uma primeira vista inadmissível ⁽³⁴⁾. Não só não existe semelhante direito absoluto como aquela afirmação ignora justamente o estatuto especial do embrião ⁽³⁵⁾.

O embrião formado *in vitro* só se deveria destinar a implantação imediata no útero. A conservação só poderia ter sentido quando destinada a escolher a altura mais favorável para essa implantação. Toda a dilatação com outros fundamentos, e nomeadamente a destinada a uma implantação pós-morte dos genitores, é eticamente reprovável.

A utilização do embrião para experiências científicas (quando não a sua formação para estes fins) suscita problemas graves. O embrião representa seguramente o ponto mais alto da vida em formação. Independentemente de ser qualificável como pessoa, o que consideraremos a seguir, merece seguramente um tratamento diferente do que é atribuído a coisas ou objectos. Pertence, antes, à categoria dos sujeitos: tem fins e interesses próprios. Por isso, diríamos que o embrião só pode ser submetido a experiências científicas no seu próprio interesse ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Cfr. Labrousse, *Modificazioni* (v. nt. 1), 107 — mesmo no Direito Civil.

⁽³⁴⁾ Por isso o mero consentimento da mãe é insuficiente para justificar o aborto: cfr. Albanese, *Modificazioni* (v. nt. 1), 76-78.

⁽³⁵⁾ O Tribunal Supremo dos U.S.A. fundou a licitude potencial do aborto no direito à intimidade da vida privada: Albanese, *Modificazioni* (v. nt. 1), 76-78. A fundamentação seria absurda a olhos europeus, mas é necessário pensar que de *privacy* se dá nos U.S.A. um entendimento diferente e mais amplo que o do direito à vida privada europeu.

⁽³⁶⁾ Neste sentido Valdrini, *Bioéthique* (v. nt. 5), 230-231.

O embrionicídio no exterior do corpo da mulher é figura não prevista na lei penal e que suscita perplexidade. Não é abrangido pelo tipo legal do aborto. Todavia, mesmo hipóteses de aniquilamento fora do útero são configuráveis como aborto. Pode imaginar-se que o embrião seja retirado vivo do corpo da mulher para ser aniquilado. Parece que há então um aborto, só sendo diversas das comuns as vias de o realizar.

B — O embrião é uma pessoa?

Já atrás apontámos a problemática do estatuto jurídico do embrião.

Da consideração de que não é uma coisa, resulta já a necessidade dum *estatuto diferenciado*. Algumas consequências são facilmente aceitáveis, no ponto de vista jurídico, como a proibição da introdução de embriões humanos em animais.

Noutros aspectos, há porém que ir mais longe, perguntando se o embrião é uma pessoa.

Não é essa a posição tomada normalmente pelas assembleias especializadas. E consequentemente conclui-se em geral que o embrião não é abrangido pelas consagrações positivas do *direito à vida*, como a constante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (37).

Mas o embrião, que não é coisa, não deixa de ser também um centro autónomo de interesses, com *finalidades próprias*. E isso está reconhecido na lei com a incriminação do aborto, que não é seguramente um crime contra a mãe.

Punhamos a hipótese de ter sido feita uma intervenção cirúrgica que, por negligência, atingiu o feto. Admite-se que o novo ser, uma vez vindo à vida, possa exigir indemnização aos responsáveis (38). Mas isso significa necessariamente que já havia uma personalidade jurídica no momento da lesão, pois doutra maneira quem poderia agir seria só a mãe — que pode não ter sofrido nenhuns danos e até ser ela própria a autora da lesão — e nunca o filho.

(37) Cfr. Albanese, *Modificazioni* (v. nt. 1), 76.

(38) Cfr. as nossas lições de *Teoria Geral do Direito Civil* — II — *As Pessoas*, n.º 33/II.

O facto de haver já uma tutela do embrião ou do feto e de este ser sujeito de direitos não é casual. Baseia-se numa consideração ontológica. Tem sido acentuado, em relação à pessoa humana, que ela é um ser *único e irrepetível*. Mas o embrião é também, ele próprio, um ser único e irrepetível, logo que o seu código genético esteja definitivamente fixado ⁽³⁹⁾. O abstracto biológico da personalidade, que o acompanhará sempre, existe já. Por isso dizemos que aquele ser tem fins próprios, o que o enquadra na personalidade.

A esta luz, podemos comentar brevemente a posição tomada pela lei portuguesa sobre o aborto (Lei n.º 6/84, de 11 de Maio).

Como dissemos, são admitidos o aborto por indicação médica, eugénica e ética e criminológica.

Em todos os casos, não podemos colocar a obtenção dos fins da mãe como o único factor em causa, uma vez que terá de ser conciliada com a existência de fins próprios do embrião ou feto.

No *aborto terapêutico*, parece existir um conflito entre os interesses da mãe e do filho.

São relativamente mais fáceis de examinar as hipóteses em que é dado como seguro que nem mãe nem filho sobreviveriam.

Se porém apenas a vida ou a saúde da mãe estão em causa, não há uma causa de justificação para a prática do aborto, no ponto de vista substancial, porque o filho não pode ser instrumentalizado em benefício da mãe. Não pode nomeadamente considerar-se haver estado de necessidade ⁽⁴⁰⁾ porque o estado de necessidade permite actuar contra coisas e não contra pessoas.

O problema deveria assim transferir-se para o domínio da culpa. A situação poderia ser enquadrada numa causa de exclusão da culpabilidade, o que permitiria considerar que não haveria crime e o agente não seria afinal punido. O art. 140.º/1, ao dispor que «não é punível o aborto», pareceria dar razão a este

⁽³⁹⁾ Não entramos porém na análise do momento em que isso ocorre, pois não possuímos elementos para tanto.

⁽⁴⁰⁾ Hipótese aventada por Almeida Costa cit., 559.

entendimento. Mas em todos os outros lugares fala-se em *exclusão da ilicitude* do aborto, e esta é já mais dificilmente justificável.

No *aborto eugénico* a problemática é diferente. Aí não há conflito entre embrião e pais, porque o embrião não é coisa; os fins em causa só podem ser os do próprio embrião. A desilusão dos pais é consideração que em relação a estes fins nunca poderá ser prevalente.

A dificuldade está em saber quais são as considerações eticamente decisivas. A um direito à vida do embrião contrapõe-se um direito, também do embrião, a uma vida normal, ou uma vida sem diminuições (41). Cria-se assim uma difícil problemática quanto a uma disponibilidade do embrião sobre a própria vida, disponibilidade que se não reconhece aos já nascidos, e quanto a uma vontade presumida que é inatingível. De toda a maneira, perante a posição tomada pela lei portuguesa, há que acentuar que é exclusivamente o interesse do novo ser que é decisivo.

Enfim, permite a lei portuguesa o *aborto por indicação ética e criminológica*, «quando haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez». É a hipótese mais difícil de justificar, justamente do ponto de vista ético. Há aqui uma instrumentalização do embrião ao serviço dos interesses da mãe. Poderia, juridicamente, funcionar como causa de exclusão de culpa (42). Mas em todos os casos a lei fala na exclusão da ilicitude do aborto.

XV — *Filiação jurídica*

Os processos de fecundação artificial não suscitam problemas ao nível do nexó jurídico de filiação.

Até agora, o direito assentou na coincidência da filiação natural e da filiação jurídica. A adopção não representa excepção,

(41) Cfr. Albanese, *Modificazioni* (v. nt. 1), 95-96.

(42) Cfr. Almeida Costa cit., que põe o problema da constitucionalidade destes preceitos, à luz do art. 24/1 da Constituição: a vida humana é inviolável.

pois cria outro vínculo, análogo ao da filiação natural mas que se não confunde com esta. A presunção de legitimidade dos filhos nascidos na constância do casamento é uma mera presunção, que corresponde à generalidade das situações.

Mas a introdução de processos de fecundação artificial vai obrigar a decidir se a filiação jurídica acompanhará em todos os casos a filiação natural ou não ⁽⁴³⁾.

O problema tem sido discutido a nível comparado, particularmente no que respeita ao dador. Vamos considerar que este cede matéria fecundante, sem nenhuma intenção de paternidade — portanto, em casos de fecundação heteróloga. As ordens jurídicas dividem-se. A maioria não considera então o dador pai; nalguns países, como na Suécia, toma-se orientação contrária, permitindo-se ao novo ser investigar a sua paternidade ⁽⁴⁴⁾.

O Código Civil português, após a reforma de 1977, passou a considerar esta matéria no art. 1839.º/3, com referência aos actos de fecundação artificial heteróloga praticados na vigência do casamento. Dispõe-se: «Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu».

A previsão da inseminação artificial abrange, ao menos no seu espírito, a fecundação heteróloga. Isso não implica a licitude dessa prática. O Direito tem de regular a fecundação artificial porque ela é possível. Toma-a como mero pressuposto de facto, resultante de acções praticadas no país ou no estrangeiro. São pois necessárias previsões que cubram todos os fenómenos, *licitos ou ilícitos*, que se possam produzir.

Do art. 1839.º/3 podem-se tirar numerosas conclusões. A primeira e mais importante é a de que a lei permite um corte com a filiação biológica, atribuindo a paternidade a quem não participa na procriação. Consequentemente, o dador heterólogo não é considerado pai.

A solução parece-nos estar certa. O acto de procriação sempre foi visto por lei como um acto natural. A mera doação de

⁽⁴³⁾ Vejam-se as várias propostas constantes do relatório Warnock (v. nt. 11), concls. 50-63.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Martín (v. nt. 8), 31.

esperma ou óvulos não tem nenhum conteúdo ético de procriação e não está ligada a um projecto de paternidade ou maternidade. Diferente já será o caso quando a doação é destinada a determinada pessoa para determinada procriação.

Temos pois que na nossa ordem jurídica a coincidência entre a filiação natural e a filiação jurídica não é mais regra absoluta.

A posição do outro cônjuge oferece também dificuldades (45). Qual o objecto do consentimento que este deve prestar? Será o consentimento para o vínculo de filiação? Isso iria contra o princípio de que são nulos os negócios jurídicos cujo objecto seja fixar a filiação (46).

Mas também não cremos que seja o mero consentimento para que o cônjuge seja inseminado artificialmente (por terceiro, que é o que está em causa). Este consentimento está ainda ao nível do consentimento para o adultério, que é irrelevante do ponto de vista da filiação. A gravidade do acto de recepção de alguém como filho parece-nos exigir uma interpretação restritiva do art. 1839.º/3: o consentimento deve dirigir-se ao vínculo de filiação, e não apenas à prática da inseminação artificial.

Como conciliar estas duas afirmações, aparentemente contraditórias? Mediante a observação de que a filiação *ex art.* 1839.º/3 não é uma filiação igual às outras, é uma nova forma de filiação. Como a filiação adoptiva, exige um consentimento específico. O seu carácter artificial continuará a fazer-se sentir, nomeadamente na possibilidade de interposição de impedimentos para o casamento com a família biológica do novo ser. Recorde-se que atrás defendemos a possibilidade de o ser provindo de fecun-

(45) O referido projecto da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias equipara em tudo aos cônjuges as pessoas «que vivam em comunhão de leito, mesa e habitação em condições análogas às dos cônjuges». É anómalo, em país em que o divórcio está ao alcance de toda a gente, continuar a equiparar ao casamento a união de facto, sem manifestar legislativamente a preferência pela família legalmente constituída. Esta equiparação da união de facto vai levar a contradições no que respeita ao vínculo jurídico de filiação que depois se estabelece em relação ao companheiro.

(46) Catala, *Le droit des successions*, na *Rev. Ord. Adv.*, ano 46 (1986), 482, pronuncia-se contra a interdição ou a consagração de negócios jurídicos sobre a filiação.

vindo de fecundação artificial ter acesso ao conhecimento da sua estirpe.

Isto tem reflexos no debate suscitado sobre o fundamento da disposição do art. 1839.º/3. Esse fundamento tem sido generalizadamente encontrado no abuso do direito: se o cônjuge consentiu na fecundação, seria abusivo negar depois o reconhecimento como filho (47). Este fundamento não nos convence, justamente porque a lei proíbe negócios sobre a filiação; o cônjuge perderia o direito de impugnar, de tão fortes conotações personalísticas, em consequência de ter praticado um negócio jurídico anterior. Parece-nos incompatível com a natureza deste direito.

O entendimento que demos permite superar esta dificuldade. Não há a imposição duma falsidade biológica, mas o estabelecimento dum novo vínculo paralelo à filiação, à semelhança da adopção. Esse novo vínculo tem de ser objecto de consentimento expresso. E, pelas mesmas razões que vigoram na adopção, esse vínculo civil, uma vez estabelecido, não pode mais ser alterado.

Se o cônjuge consentiu apenas no acto da mulher, isso pode ter influência nas relações conjugais, mas não fica sujeito ao vínculo de filiação. A verdade biológica pode ser restabelecida.

Pode assim acontecer que o nascido em mulher casada por fecundação artificial heteróloga não tenha vínculo de filiação com o outro cônjuge. Mas isso acontece também em todos os casos em que há inseminação artificial de pessoa não casada. Esta é aliás uma das consequências que leva a valorar negativamente a fecundação artificial heteróloga.

Mesmo nesses casos, o mero dador não tem, por projecção do art. 1839.º/3, nenhum vínculo de paternidade jurídica. Igualmente não tem nenhuns direitos familiares, com base na sua dação, nem parece que deva ter conhecimento do destino dessa dação. É outro aspecto que mereceria ser legislativamente esclarecido.

(47) Cfr. Guilherme de Oliveira, *Critério Jurídico da Paternidade*, Biblioteca Geral da Universidade, Coimbra, 1983, 350-352 e *passim*.

XVI — A «mãe uterina»

Estas conclusões serão aplicáveis à mãe hospedeira?

Temos de distinguir principalmente dois casos, como vimos atrás:

- fecundação de terceira pessoa para que o nascido pertença ao casal
- implantação do embrião em terceira pessoa

No primeiro caso, imaginemos a inseminação artificial de terceira pessoa pelo marido, com consentimento da mulher, para que o nascido se destine ao casal ⁽⁴⁸⁾.

Mas aqui, não vemos nenhum reflexo no plano jurídico: há simplesmente uma filiação extra-matrimonial. O consentimento do cônjuge tem efeitos no interior do casal mas nenhum no que respeita ao estabelecimento do vínculo de filiação. O filho é produto adúlterino do marido e terceira pessoa, e essa pessoa é, para todos os efeitos, mãe. Não há apenas a dação de material genético, há a gestação, e neste caso a maternidade natural é completa. Só por adopção poderá assim ser estabelecido o vínculo de filiação com o casal de destino. Fora disso, mesmo que entregue efectivamente a criança, a *geratrix* continua mãe para todos os efeitos.

Que acontece porém se, já formado o embrião, este é implantado no útero de quem o há-de dar à luz?

Tende-se a considerar que a chamada «mãe uterina» — mesmo que seja uma mera hospedeira — é juridicamente mãe, pois a intensidade da ligação com o novo ser não permite equipará-la ao simples dador de esperma ou de óvulo ⁽⁴⁹⁾. Pode

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Catala (v. nt. 46), 478.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da filiação* (v. nt. 32), 106-107; Cornu, *Procréation* (v. nt. 28), 460-461; F. Buchli-Schneider, *Künstliche* (v. nt. 13), 150-155.

invocar-se nesse sentido o art. 1796.º do Código Civil, segundo o qual a filiação materna resulta do facto do nascimento⁽⁵⁰⁾.

Estas considerações não seriam porém suficientes. A lei refere o nascimento porque pressupõe sempre a coincidência entre quem gera e quem dá a luz; porque a lei funda como princípio a paternidade na derivação genética⁽⁵¹⁾. Havendo uma hospedeira, a ligação genética falha, e não encontramos regra que permita fundar excepcionalmente a maternidade jurídica. Diríamos assim que a mãe hospedeira dá à luz, mas não é juridicamente mãe⁽⁵²⁾.

Se o embrião resultou de gâmetas de terceiros, e não daqueles a quem o filho se destina, temos uma situação em que o novo ser não é filho, nem dos dadores, como vimos, nem da hospedeira. Não é portanto juridicamente filho de ninguém. Isto ilustra bem as anomalias que podem surgir neste sector. Pode ter três mães — genética, uterina e social — e não ter juridicamente nenhuma mãe.

Resta o caso de o embrião implantado na mãe uterina resultar de gâmetas provenientes daqueles a quem o novo ser se destina, ou de algum deles.

Já vimos que a paternidade não é prejudicada pela inseminação artificial. Também não será prejudicada pela implantação do embrião.

Quanto à maternidade, pensamos de aplicar regra semelhante. A pessoa de quem provêm as gâmetas com projecto de maternidade é a mãe, não obstante o feto não se ter desenvolvido no seu útero. A ela haverá que aplicar todas as regras estabelecidas no pressuposto duma derivação biológica, como as relativas ao incesto ou aos impedimentos de casamento. As dificuldades prá-

⁽⁵⁰⁾ Aliás, se a hospedeira fosse juridicamente mãe, criavam-se os mais intrincados problemas perante o art. 1839.º/3, no caso de ser mulher casada. Se o marido tivesse dado o consentimento para a implantação do embrião parece que passaria a ser considerado juridicamente pai, segundo a maneira de ver corrente. Isto reforça a inadmissibilidade da solução.

⁽⁵¹⁾ Cfr. F. Buchli-Schneider, *Künstliche* (v. nt. 13), 129 e 149. De facto, é filho, juridicamente, quem provém da mesma estirpe dos pais.

⁽⁵²⁾ Cfr. também o art. 1816.º/1, segundo o qual na acção de investigação da maternidade o filho deve provar que nasceu da pretensa mãe.

ticas no estabelecimento da maternidade não nos parece impedirem a aplicação destes princípios.

Pode colocar-se enfim a hipótese de um embrião, resultante de gâmetas alheias, ser implantado no útero da pessoa que deseja o filho.

Também aqui, por maior que seja, biológica e afectivamente, a ligação que se estabelece entre essa pessoa e o ser que dá à luz, não é juridicamente mãe, porque lhe falta a geração. Só não acontecerá assim se o embrião tiver sido formado em óvulo que lhe pertença. Doutra maneira, se as gâmetas pertencem a doadora, teríamos mais uma hipótese de criança sem mãe, que só por adopção poderá ter vínculo de filiação com quem deu à luz ⁽⁵³⁾.

Outros problemas surgem ainda em caso de *filiação póstuma*, propiciada pela congelação dos elementos fecundantes. Mesmo sendo homóloga, distingue-se na realidade da filiação normal. Assim, o embrião formado mais tarde não beneficiará da presunção de legitimidade, nem poderá ser herdeiro por não estar concebido à data da abertura da sucessão ⁽⁵⁴⁾. Só por testamento será assim possível entre nós obter, embora limitadamente, efeitos que se aproximem dos que resultariam nos casos normais duma sucessão legal.

De tudo isto parece-nos podermos concluir que o nosso Direito da Família está ainda desarmado perante a problemática que traz a fecundação artificial. Há pois aqui necessidade de intervenção legislativa que traga um quadro quanto possível coerente de soluções.

⁽⁵³⁾ Em sentido contrário Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento de filiação* (v. nt. 32), 106-107, que se decide prevalentemente pela hospedeira e não pela mãe biológica.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Catala (v. nt. 46), 484.