

# DOCTRINA

---

---

## A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A FILIAÇÃO PERANTE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO

ANTUNES VARELA

### INTRODUÇÃO

“Para nacer antes do ser tivemos necessidade de Pae & Mãe, que nos gerasse”. (VIEIRA, *Sermões*, Lisboa, 1679, I, *Sermão de Quarta feira de Cinza*, em Roma, pág. 127.)

#### 1. *Razões da presença e escolha do tema*

Convidado pelo Senhor Ministro da Justiça de Portugal a participar da série de palestras sobre temas científicos com que o Governo português entendeu guarnecer a “*Mostra do Livro Jurídico*”, projectada para a velha capital do país irmão, razões várias afluíram simultaneamente ao meu espírito, e também ao coração, para a pronta aceitação do convite.

Por um lado, o significado da iniciativa central, empenhada na expansão da cultura jurídica portuguesa, convertia em indeclinável dever do jurista devoto da sua missão o gosto natural de retribuir, com alguma reciprocidade, o gesto cavalheiresco do governante.

Por outro lado, o simples encontro com o Rio, que não é apenas a cidade maravilhosa cantada pela melodia carioca,

mas um dos mais evocativos pólos por onde passou, na sua digressão histórica providencial, a grei lusitana, é sempre um momento de encanto para o português, sobretudo para o português que, como eu, sente cada vez maior dificuldade em assimilar a decantada nacionalidade européia que o Tratado de Maastricht lhe pretende impor na linha das convenções fabricadas pela política, e que vive ao mesmo tempo, cada vez com maior intensidade, aquela admirável comunidade luso-brasileira, que os seus antepassados construíram e o sentimento dos povos soube perpetuar através de gerações sucessivas.

Por último, não haverá que esconder a emoção pessoal do regresso ao convívio dos Colegas brasileiros, combatentes natos da mesma causa do Direito e da Justiça, sacerdotes do mesmo culto profissional, por parte de quem teve o raro privilégio de ensinar, durante cinco anos, nas duas Universidades da Bahia, e de quem, ao longo desse período, labutou, em plena liberdade institucional, como advogado militante, lado a lado, na escola e no foro, com um dos maiores civilistas brasileiros deste século.

A escolha do tema da prelecção também não suscitou nenhuma dificuldade especial, ao abrigo da plena liberdade concedida aos intervenientes e à luz dos factores determinantes da reunião.

Escolheu-se como tema de reflexão comum o fenómeno da procriação artificial do embrião humano perante o problema da filiação, num exercício dialéctico que também não deixa de ter o seu sabor especial para quem, como investigador, se preza de ter prestado já alguma modesta colaboração, para o progresso do direito da família no solo jurídico brasileiro, na senda do ensino grandes Mestres como PONTES DE MIRANDA, ORLANDO GOMES e CAIO MÁRIO, e na cola do incansável pioneiro das grandes batalhas legislativas dentro do reduto da família, que foi o senador NELSON CARNEIRO.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> O autor publicou, de fato, durante a sua permanência no Brasil, vários estudos sobre o direito da família, entre os quais se destacam "A dissolução

Vê-se hoje muita gente nova, mais interessada em captar as graças da opinião pública, vivamente apostada em combater a poluição da atmosfera, a conspurcação da água dos rios ou a sujidade das praias provocada pelo óleo derramado.

Mas poucos ou nenhuns de nós, juristas experientes com responsabilidades políticas ou sociais, curam de reagir, no plano ecológico da legislação, contra a obra de degradação da dignidade da espécie humana que, subrepticamente, continua se processando em muitos dos mais avançados laboratórios da biogenética, a que o fenómeno da inseminação artificial do embrião humano se encontra ligado, só porque nos escasseia a todos nós, artifices da lei, o tempo necessário para reflectir, com a ponderação devida, sobre as origens e o sentido da vida humana.

Pois foi a lúcida determinação com que o Prof. TALCIANI levantou a questão da validade ético-jurídica das técnicas da procriação artificial na *comunicação* apresentada às XII Jornadas de Ciência Geral do Direito, realizadas em outubro de 1990, na Universidade de Valparaíso, e publicada mais tarde, em 1992, na *Revista Chilena de Derecho*<sup>2</sup> um dos elementos que mais reforçaram no nosso espírito a convicção da flagrante oportunidade do tema.<sup>3</sup>

Para facilitar a compreensão do assunto, dividir-se-á a exposição da matéria em três lanços distintos.

Na primeira parte, far-se-á um relato muito breve dos

---

da sociedade conjugal”, ed. FORENSE, e “Luzes e sombras do direito brasileiro da família, ed. da Revercor” (em homenagem a ORLANDO GOMES).

<sup>2</sup> HERNÁN TALCIANI, “Admissibilidad jurídica de las técnicas de procreacion artificial”, na *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, n.º 3, 1992, pag. 439 e seg.

<sup>3</sup> Note-se que é espanhol — Lei n.º 35/1988, de 22 de novembro — um dos diplomas mais permissivos publicados até agora, nas legislações europeias, sobre as técnicas de reprodução assistida. É um diploma tecnicamente carregado de imperfeições e que nem sequer no plano político, quanto à sua elaboração, no entender autorizado de SANCHO REBULLIDA, honra o parlamento do país vizinho, atenta a suma delicadeza da matéria.

*factos*, recapitulando sucintamente as várias fases do progresso da biologia aplicada, no que respeita às técnicas biomédicas da procriação artificial, aludindo às diversas práticas a que o avanço da ciência se foi prestando.

Na segunda parte, transitando dos factos para o direito, sujeitar-se-ão a análise, na área do direito constituído, mas especialmente no capítulo da filiação, as questões que maiores divergências têm suscitado na doutrina e na própria legislação de alguns países socialmente mais evoluídos.

Na terceira e última parte, com a atenção mais concentrada na legislação ordinária constituenda, focar-se-ão de preferência as disposições de nível constitucional, relativas aos valores fundamentais da comunidade nacional relacionados com o tema, a maior parte deles comuns à generalidade das nações, para se medir, com real conhecimento de causa, a gravidade ético-jurídica de algumas das práticas utilizadas na procriação artificial, perante uma consciência social agnóstica, mal esclarecida e semi-adormecida.

## 1º

### *Os factos*

#### 2. *Noção geral da fecundação artificial*

A fecundação artificial, a que o artigo 1.799 do Código Civil português (na sua versão anterior à reforma de 1977) se referia para afastar legalmente a possibilidade da sua invocação, quer como meio de estabelecimento da paternidade do filho gerado por meio dela, quer como possível excepção à presunção legal de paternidade, é uma expressão genérica que abrange todas as múltiplas formas artificiais de criação do ser humano.

Consideram-se *artificiais* todas as técnicas biomédicas diferentes do modo natural da procriação, mas que nele se enxertam.

O modo natural da procriação abrange três momentos fundamentais: o da relação carnal entre duas pessoas de sexo

diferente, chamada relação de cópula; o da concepção, que é a formação do embrião humano, graças à fecundação natural do óvulo da mulher pelo esperma do homem, um e outro provenientes da excitação do acto sexual; e o da gestação, que é o desenvolvimento do óvulo fecundado no seio do útero materno, até o acto do nascimento.

Os problemas criados desde sempre pelo fenómeno da procriação ao direito familiar da filiação estão intrinsecamente ligados, não apenas ao sigilo ou ao recato natural do acto sexual, como ao processamento fisiológico puramente interno e misterioso da concepção.

Nem a mãe, que tenha tido vários actos de cópula, com o mesmo homem ou com mais de um homem, antes de sentir a gravidez, saberá determinar o momento exacto da concepção; muito menos o conhecerão o pai ou os terceiros mais próximos dos progenitores, estranhos a todo o processo natural da formação e desenvolvimento do embrião, posterior ao acto da cópula.

Daí que, atenta à importância vital da certeza e da segurança da relação jurídica de filiação perante a incerteza biológica do fenómeno da fecundação, a lei tenha recorrido, desde tempos imemoriais, a vários critérios auxiliares: à presunção legal de paternidade, quando o acto de nascimento, facilmente controlável pelos interessados, decorre no quadro da relação matrimonial da mãe (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*); à determinação do período legal da concepção, a partir do conhecimento empírico-científico dos períodos mínimo e máximo da gestação intra-uterina; e, finalmente, às presunções judiciais de paternidade (tiradas de factos como a sedução, o concubinato, a posse de estado ou o escrito de reconhecimento, por exemplo), que na legislação portuguesa foram consideradas mesmo, durante muito tempo, como condições de admissibilidade da acção de investigação da paternidade fora do casamento.

Simplemente, o fenómeno da fecundação artificial, da procriação assistida, da fecundação *in vitro*, da mãe de aluguer, dos bebês de proveta, nas múltiplas formas que as técnicas

biomédicas contemporâneas têm possibilitado, nenhuma relação directa tem com os problemas da incerteza da concepção, da procriação ou da filiação, que as antigas legislações tiveram de enfrentar, porque o traço que caracteriza todas essas práticas é o desvio que todas elas introduzem na relação biológica normal da procriação do ser humano.

A relação biológica da procriação humana, tal como o direito a concebê-la até há tempos muito recentes, assentava numa ligação indissolúvel da relação carnal dos progenitores (da cópula, do coito, do acto sexual ou da relação de co-habitação, como eufemisticamente lhe chama o comum da doutrina) com o facto do nascimento, passando pelas fases cruciais da concepção e da gestação intra-uterina.

O avanço técnico das ciências biológicas rompeu esse elo de ligação e, com semelhante ruptura, introduziu uma revolução de proporções incalculáveis na vida da espécie, de dimensão não inferior à descoberta da bomba de Hiroshima ou ao lançamento do satélite que pousou na superfície lunar.

### 3. *As diversas formas da fecundação artificial*

A primeira das técnicas usadas na área da procriação assistida é a da chamada inseminação artificial (IA), que consiste em introduzir nos órgãos genitais femininos o sêmen ou esperma do varão, não por meio do acto sexual, mas através de qualquer processo manual ou mecânico usado pelas práticas biomédicas.

Se é o próprio casal (ligado ou não pelo casamento) que deseja procriar quem fornece os dois elementos (óvulos e sêmen) de cujo cruzamento nasce o embrião, falam os autores na procriação artificial homóloga, que reveste naturalmente um interesse jurídico-sociológico especial, nos casos de impotência relativa do casal.

Dá-se, pelo contrário, o nome de procriação ou inseminação artificial heteróloga ao mesmo processo terapêutico, mas em que há intervenção de um terceiro (estranho ao casal que

deseja procriar) no fornecimento de um dos elementos constitutivos do embrião.

É o caso da mulher ou da concubina que, com o consentimento do marido ou do companheiro, engravida com espermatozoide de terceiro, artificialmente inseminado no seu útero.<sup>4</sup>

É será ainda o caso, do ponto de vista da estrutura terapêutica, do marido ou do companheiro que, com o consentimento da mulher ou da companheira, fornece o sêmen destinado à inseminação artificial nos órgãos genitais femininos de uma outra mulher, tendo em vista a procriação dum filho do casal.

Diferente da inseminação artificial clássica, no que respeita à estrutura terapêutica do processo do desenvolvimento do feto ou embrião, é a chamada *fecundação in vitro*, que consiste na extracção de um óvulo dos ovários da mulher para proceder à sua fertilização, com o sêmen do homem, num meio exterior ao ventre da mulher (na chamada cápsula de Petri), processo com especial interesse para a mulher que, tendo eventualmente capacidade para levar a cabo a gestação do feto, não possua, todavia, as condições fisiológicas necessárias para conceber.

Como complemento da fecundação *in vitro* se pode considerar a chamada implantação ou transferência de embriões (TE), que se processa em duas fases sucessivas: na extracção do óvulo dos ovários da mulher para a sua fecundação no meio exterior ao seu organismo, num primeiro momento; e na trasladação de um ou mais dos óvulos fecundados para o útero da mulher destinado à sua gestação.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Inteiramente distinto, mas com alguns aspectos de semelhança com a inseminação heteróloga, é a relação normal de um dos cônjuges com terceiro, autorizada pelo outro cônjuge, a fim de superar a esterilidade do casal.

<sup>5</sup> O primeiro caso de fecundação *in vitro* oficialmente registado nos anais da técnica biomédica é o de LOUISE BROWN, nascida em 26 de julho de 1978, no Oldham General Hospital de Inglaterra. Os outros casos, pioneiros em cada um dos países em que ocorreram, referidos por TALCIANI (*est. cit.*, pág. 441, nota 2), foram os de Amandine (em França, no ano de 1982), de Victória Ana (em Espanha, no ano de 1982) e de Paulo e Eliana (na Argentina, no ano de 1986).

Aludem, por fim, os autores<sup>6</sup> ou especialistas a dois processos, de estrutura terapêutica diferenciada mais recente.

No primeiro, far-se-á a inoculação do sêmen e dos óvulos, através de uma espécie de cânula apropriada, nas trompas de Falópio da mulher, para que aí, dentro do organismo feminino, e não no meio exterior, se processe já naturalmente a fecundação.

No segundo, a fecundação do óvulo processar-se-á *in vitro*, no meio exterior ao corpo humano, mas a implantação do óvulo fecundado (do *cigoto*, como tecnicamente se lhe chama), far-se-á para as trompas e não para o útero da mulher.

Ainda no domínio dos factos, interessa referir, pelos efeitos que assume na prática e pelos graves reflexos que provoca na problemática do direito, o fenómeno do congelamento duradouro a que podem submeter-se, sem destruição da própria substância, quer o esperma do homem, quer o óvulo da mulher, quer os próprios embriões, que são como os fetos a caminho da dignidade transcendente de seres humanos.

#### 4. *A realidade dos novos factos na sua perspectiva jurídica*

Se é já bastante complicada, no seu aspecto técnico, a transplantação dos avanços extraordinários da ciência biológica para a área das práticas biomédicas de laboratórios e clínicas hoje espalhados pelo mundo inteiro, menor não é a complexidade das situações novas que o tempo colocou diante dos olhos do jurisconsulto e do político, sob o prisma especial do direito.

---

<sup>6</sup> TALCIANI (est. e loc. cit.) inicia, efectivamente, o seu interessante estudo jurídico da matéria com o levantamento descritivo dos vários tipos de intervenção biomédica praticados na área da procriação artificial, de acordo com as informações autorizadas obtidas no Departamento de Bioética da Pontifícia Universidade Católica do Chile. Informação análoga serve de ponto de partida a um outro trabalho, de muito interesse, publicado por GUILHERME DE OLIVEIRA (Mãe há só duas, *o contrato de gestação*, Coimbra, 1992), o autor que mais se tem dedicado entre nós com o acompanhamento do problema.

Logo no respeitante à inseminação artificial propriamente dita, a distinção entre a inseminação homóloga e a heteróloga, que nenhuma diferença acusa no aspecto técnico da intervenção médica, reveste uma importância capital, sob vários ângulos, no plano do direito, por virtude da participação do terceiro, doador do sêmen (ou dos terceiros, doadores dos óvulos fecundados, se incluirmos também esta modalidade na moldura da inseminação artificial).<sup>7</sup>

Em segundo lugar, importa destacar, sob o ponto de vista jurídico, o fenómeno a que alguns dão o nome da maternidade por substituição, ou da maternidade substituída, e a que na linguagem corrente se chama também, em termos mais incisivos, de mãe ou da barriga de aluguer, que abrange modalidades distintas, consoante a mulher gestante ou a mãe incubadora (a mulher que procria por conta de outra, que quer assumir legalmente a maternidade) é chamada a fecundar um óvulo da mãe substituída, ou um óvulo de terceira mulher, ou um óvulo dela própria.<sup>8</sup>

Nesta última variante, de contornos mais delicados, a mãe incubadora ou a mãe gestante é também a mãe biológica ou a mãe genética, podendo o sêmen de terceiro, para tornar a cobertura possível da situação ainda mais complexa, ser do marido da mãe incubadora, do marido da mãe genética ou biológica, de terceiro, identificado, mas estranho a qualquer delas, ou de terceiro coberto pelo anonimato.

Típico também, do ponto de vista jurídico, é o caso da mulher que pretende ter um filho, sem relação carnal com qualquer homem e ainda sem qualquer relação jurídica, de carácter matrimonial ou extramatrimonial, com quem quer que seja, podendo o sêmen adquirido para tal efeito em algum banco de esperma ser de varão determinado, ser de pessoa

---

<sup>7</sup> Nada impede, com efeito, sob o aspecto puramente factual, que no útero da mulher casada, por exemplo, se implante um óvulo de outra mulher já fecundado com esperma de terceiro.

<sup>8</sup> Neste último caso, a mãe incubadora é também a mãe biológica, mas engravidada por conta de outra mulher, porque ela não estaria, por si mesma, disposta a conceber nem a dar à luz.

anônima, ou ser mesmo, na mais repugnante e condenável das hipóteses, um *cocktail* de esperma.

Ainda há poucas semanas, uma estação de rádio-televisão francesa ofereceu aos espectadores imagens impressionantes de uma situação desta natureza, em que o filho, nascido de mãe lésbica, estava a ser criado e educado pelo casal de lésbicas, que fazia, numa caricatura dos quadros tradicionais da vida real, o papel de pai e mãe da criança.<sup>9</sup>

Típico é ainda — e bastante diferenciado de todos os demais — o caso da procriação artificial *post-mortem*, em que é posterior à morte de um dos doadores dos elementos aglutinantes do embrião, ou de ambos eles, o próprio fenômeno da concepção, graças ao congelamento dessas células reprodutoras.<sup>10</sup>

A hipótese surgiu já na prática em alguns casos, num dos quais (o célebre "*affaire Parpalais*") a viúva pretendeu engravidar com o sêmen congelado do marido, para que desse modo fosse reconhecida ao defunto a paternidade do concepturo. Mas pode, no futuro, levantar-se ainda com maior acuidade, no caso de virem a congelar-se, não apenas o esperma ou os óvulos de um dos membros do casal, mas o próprio embrião, e de a mulher pretender implantá-lo no seu útero, depois da morte do marido ou companheiro, ou de o marido ou companheira, falecida a consorte ou a companheira, querer implantá-lo no útero ou nas trompas da mãe de aluguer.

E não deixará de destacar-se ainda, pelo relevo especial que assume na cartografia dos valores fundamentais dos valores a cargo do Direito, a hipótese já anteriormente referida de ser, não com esperma de pessoa determinada ou determinável, mas com o chamado *cocktail* de esperma, que as clí-

---

<sup>9</sup> Seriam em número de 26 as petições pendentes na Bélgica, em 1986, de casais de mulheres lésbicas para a realização de insaminação artificial ou de fecundação *in vitro* com sêmen de um dador.

<sup>10</sup> Aos filhos assim gerados chama TACIANI (*est e loc. cit.*, pág. 440) filhos *postumíssimos*, para os distinguir dos filhos usualmente chamados *póstumos*, por nascerem depois da morte do pai, que ainda em vida os gerou, através da relação de cópula mantida com a mãe da criança.

nicas operem, seja a inseminação artificial, seja a fecundação *in vitro*.

Deixar-se-ão apenas, no tinteiro do futuro regresso ao estudo do tema, os casos da combinação estudada em laboratório do tipo de esperma e da natureza do óvulo mais indicados para se fabricar o modelo ideal de indivíduo que se pretende colocar no Mundo ou da sinistra mistura (*horribile dictu*, como exclamariam os pensadores da antigüidade clássica) de células reprodutoras de animais selvagens com células reprodutoras de seres humanos, em busca dos entes híbridos, sobrenaturais, que povoavam a mitologia dos tempos antigos.

## 2º

### *O direito constituído*

#### 5. *Disposições legais relativas ao tema.*

Conhecidos os factos, não ignorando que desde 25 de julho de 1978 — data do nascimento do tal primeiro “bebê de proveta”, de nome LOUISE BROWN, no Oldham General Hospital de Inglaterra, até os dias de hoje, numerosíssimos foram os casos de crianças concebidas e nascidas, quer na Europa, quer na América do Norte e do Sul, com recurso às novas práticas de procriação artificial ou assistida, e sabido ainda que nenhum dos nascimentos assim processados escapa à jurisdição do Direito, a começar pelo problema do estabelecimento da paternidade e também da própria maternidade, a primeira indagação a realizar pelo jurista (seja ele português, brasileiro ou de qualquer outra nacionalidade) é naturalmente a de saber que disposições existem na respectiva legislação nacional (se é que o legislador não foi até agora inteiramente ultrapassado pelas realidades vertiginosas da vida) para responder a essa angustiada questão, porventura o mais dramático dos desafios lançados pelo avanço técnico da ciência ao mundo do Direito.

No direito brasileiro, o problema foi ainda inteiramente omitido no próprio projecto do Código Civil de 1975 (resultan-

te do Ante-projecto de 1972) e só agora começa a ser aflorado pela doutrina, designadamente através da tese apresentada à Ordem dos Advogados por TÂNIA DA SILVA PEREIRA e da 3ª edição da obra magistral de CAIO MÁRIO sobre o “Reconhecimento de paternidade e seus efeitos”.<sup>11</sup>

Não é assim no direito português, onde o problema da inseminação artificial é genérico, embora incompletamente considerado, em termos não inteiramente coincidentes, na versão primitiva do Código Civil de 1966 e na redacção posteriormente imprimida a muitos dos preceitos do direito de família pela reforma de 1977, e onde a questão do fornecimento de esperma por instituições especializadas veio a ser incompletamente regulado no Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro.<sup>12</sup>

Prescrevia-se, com efeito, na 1ª versão do artigo 1799º do Código Civil Português (subordinado à epígrafe oficial de *Fecundação artificial*) 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”.

As duas proposições em que se desdobrava o pensamento legislativo encarnado na primitiva redacção da norma, lendo esta à luz das considerações expressas por GOMES DA SILVA nos trabalhos preparatórios do Código,<sup>13</sup> nasciam de uma fran-

---

<sup>11</sup> CAIO MÁRIO, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, 3ª ed., FORENSE, Rio, 1991, págs. 126 e segs.

<sup>12</sup> Apesar de ter entrado em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artº 3º, o diploma legislativo ficou com uma parte substancial do seu conteúdo dependente da definição de regras remetidas para o decreto regulamentar correspondente, que até hoje ainda não foi publicado.

<sup>13</sup> Não podia, efectivamente ser mais claro nem mais categórico, fosse quanto ao seu sentido, fosse quanto à origem do seu fundamento, o pensamento de GOMES DA SILVA (*O direito de família no futuro Código Civil*, segunda parte, tomo I, Lisboa, 1959, sep. do Bol. Min. Just., 88, pág. 16), quando, relativamente ao preceito do seu Anteprojecto correspondente ao art. 1.799 do Código, na sua primitiva versão, escreveu o seguinte:

“A estes preceitos adicionamos um, relativo à fecundação artificial, não para sancionar esta prática repugnante e condenável, mas para evitar que, a entrar nos usos, ela possa vir, com o seu mesmo artificialismo, tornar possíveis

ca e declarada condenação ético-jurídica de todas as práticas de concepção e de gestação artificial<sup>14</sup> do ser humano, que nessa altura começavam a ensaiar os seus primeiros passos nos laboratórios e clínicas de engenharia genética mais avançados do Mundo.

Qualquer das normas contidas na disposição veio entretanto a ser alterada na Reforma de 1977.

Onde o artigo 1799º, na sua redacção inicial, proibia a invocação da fecundação artificial para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, veio o artigo 1801º, com o texto que lhe deu a reforma de 1977, prescrever que, “nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados, prestando assim, pelo menos aparentemente, preito de incondicional vassalagem às conclusões seguras do labor puramente científico e varrendo da crosta da norma toda a camada de sentido ético que intencionalmente a cobria.

Em contrapartida, relativamente ao segundo corolário resultante da premissa aceite pelo legislador de 1966, onde o primitivo texto do artigo 1799º afastava peremptoriamente a alegação da fecundação artificial para impugnar a paternidade presumida por lei, veio a nova disposição do nº 3 do artigo 1839º determinar que “*não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”,<sup>15</sup> deixando o flanco da nova solução

---

alegações capazes de destruir o valor das presunções legais e de assim arruinar o sistema porque a lei pode chegar ao conhecimento da filiação, *gerada segundo os moldes da própria natureza*”.

<sup>14</sup> Artificial no sentido (que à expressão dava GOMES DA SILVA) de contrário aos próprios moldes da natureza.

<sup>15</sup> No mesmo sentido podem ser referidas várias outras disposições de legislações estrangeiras: arts. 201, nº 1, do Código Civil holandês da 1972; 213 do Código do Luxemburgo; 32 do Código de Família búlgaro de 1968; art. 72 do Código de Família da Costa Rica de 1975; e as disposições correspondentes das leis de vários Estados da América do Norte.

inteiramente desguarnecido perante o ataque de observações críticas deste teor:

- a) — como deixar a determinação da paternidade — que é, essencialmente, uma questão de raiz biológica, dependente de uma simples sanção jurídica contra o comportamento de um dos cônjuges, ou mesmo de ambos deles?
- b) — como conciliar esta solução com a possibilidade declaradamente reconhecida ao perfilhante, no artigo 1859º, 1, do Código Civil, de impugnar a todo o tempo o acto de perfilhação, com o fundamento de *não corresponder à verdade*?
- c) — que solução resulta da lei, no caso de os cônjuges não poderem ou não quererem impugnar a paternidade com base na inseminação artificial heteróloga e pretender o filho fazê-lo?
- d) — pode ou não a mulher que não consentiu na inseminação heteróloga, que só aceitou engravidar por estar erroneamente persuadida de ser do marido o sémen com que concebeu, impugnar a paternidade?
- e) — se a mulher tiver feito a inseminação artificial com sémen do marido, mas contra a vontade deste parece que este pode impugnar a paternidade; e qual o *status* do filho, no caso de a acção proceder? *Filho* só com mãe?
- f) — e qual o *status* familiar do filho que, discordando do método de concepção adaptado pela mãe e pelo marido da mãe, impugnar a presunção de paternidade: *Filho* sem pai? E se a mãe tiver engravidado com o óvulo de outra mulher: *Filho* sem pai e sem mãe?
- g) — se é no comportamento permissivo do marido que radica a recusa da impugnação da paternidade, porque não aplicá-la a quem consente na relação carnal da mulher com terceiro, a quem consente na

procriação heteróloga só depois de ela se consumir?  
(DEICHFUSS, ob. cit., pág. 175.).

#### 6. *A criação administrativa dos bancos de esperma*

O último dado legislativo existente no direito português constituído e directamente referido ao tema da inseminação artificial é o Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro.<sup>16</sup>

No preâmbulo do diploma, depois de se aludir à necessidade de definição imediata de algumas linhas de orientação básica sobre as novas técnicas da procriação artificial humana, até pelas dificuldades, quer de ordem legal, quer de natureza ética, que a questão tem suscitado nos países mais desenvolvidos, começa-se por salientar a diferença relevante que separa, na área da procriação artificial, a inseminação homóloga da inseminação com esperma de um dador — IAD (a que, por contraste com a primeira, se dá usualmente o nome de inseminação *heteróloga*).

Relativamente à inseminação homóloga, entende-se que não provoca significativas dificuldades, pelo menos nos casos vulgares, deixando o legislador transparecer desse modo que nenhuma objeção levantaria, quer em defesa da saúde dos participantes, quer em nome da moral pública ou dos bons costumes, ao seu legal reconhecimento. Já não assim quanto à inseminação heteróloga, geralmente condenada por múltiplas razões, como sejam o risco para a saúde da mulher, o perigo de transmissão de doenças hereditárias, a falta de um registo fidedigno das operações e, acima de tudo, o pavor da SIDA, o

---

<sup>16</sup> Advirta-se, entretanto, que pouco mais de dois anos antes fora publicada a Lei nº 3/84, de 24 de março (sobre Educação sexual e planeamento familiar), em cujo artigo 9º se prescrevia, em tom programático, mas denunciando abertamente certo espírito, que o Estado devia promover e proporcionar o estudo e o tratamento de situações de esterilidade e aprofundar, quer o estudo, quer a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da infertilidade.

risco da transmissão da síndrome de imunodeficiência adquirida.

Por estas razões — e parece que por nenhuma s outras mais<sup>17</sup> — se considera:

- 1º — que essa modalidade de inseminação só deve ser permitida com sémen recolhido, analisado e conservado por instituições públicas ou privadas que ofereçam garantias de afastamento dos riscos apontados “e que tenham — acrescenta, curiosa e desafortadamente, o preâmbulo do decreto — *capacidade* administrativa para satisfazer as exigências *éticas* e legais requeridas e ainda para tornar viável o *controle da legalidade da intervenção*”; e
- 2º — que providências análogas devem ser tomadas em relação à fertilização *in vitro* com gametas do dador.

---

<sup>17</sup> Diz-se intencionalmente no texto que *parece* nenhuma s outras razões confluírem no pensamento do legislador, porque nenhuma s outras considerações acodem à sua pena, ao referir a condenação generalizada da inseminação heteróloga, principalmente a partir do sémen fresco do doador.

Mas não se garante que assim seja, por dois motivos, tirados do próprio texto do relatório do diploma:

— *primeiro*, porque muito estranha, mas também muito significativamente, é para os médicos que nesse relatório se apela, perante a evolução preocupante do fenómeno, não apenas para defesa da saúde das pessoas (como seria natural), sob a capa da conveniência dos seus actos, mas também para serem “os primeiros juízes da *licitude*... dos seus actos”. E se há *primeiros*, é porque também há *segundos juízes* e a interferir na matéria; e se há julgamento da *licitude*, e não apenas da conveniência *eugénica* dos actos, é porque a visão ético-jurídica do sistema normativo tem alguma coisa a ver com a questão;

— *segundo*, porque no mesmo trecho do relatório do diploma se encarece a insuficiência da auto-crítica dos médicos e se salienta a necessidade de, por “razões de evidente interesse público”, da “intervenção de um organismo tutelar, nas condições que virão a ser definidas ulteriormente” — embora o governo, até hoje, as não tenha conseguido definir.

Sinal aparente de que no fundo do túnel da pura tecnocracia agnóstica que inspirou o Decreto-Lei nº 319/86 bruxuleou uma frouxa luz de advertência para os riscos ético-jurídicos da posição do legislador sobre a matéria.

E, em termos um tanto desconcertantes, afirma-se por fim no relatório do diploma que, sejam quais forem a frequência e a própria natureza das técnicas da procriação artificial humana no país, são os médicos quem devem arvorar-se nos “primeiros juízes da *licitude* e da *conveniência* dos seus actos”.

Sintomático, tristemente sintomático, do espírito tecnocrático do decreto, seja nas considerações do preâmbulo, seja na disciplina do seu brevíssimo articulado, é o facto de, ao lado das razões de carácter eugénico e das exigências de segurança do registo burocrático das operações, não haver uma só ponderação sobre os direitos ou as expectativas dos seres humanos, das criaturas de carne e osso, fabricadas com o esperma dos bancos ou fecundadas na cápsula de Petri, como se para o legislador tratasse apenas de chocar pintainhos no galinheiro ou de plantar estacas no olival, com exclusivo cuidado pela qualidade da galinha ou pela saúde do cavador.

Aparentemente insensível à dignidade sobrenatural do ser humano em perspectiva, a lei descarta por completo um elemento fundamental da sua existência que é *paternidade* e a *maternidade* de cada indivíduo, numa ordem jurídica que, além desses, coloca sob tutela constitucional valores de ordem relativamente secundária como a imagem, a palavra, a reserva da intimidade da vida privada e da vida familiar.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Verdade seja dita, entretanto, que também em Portugal, à semelhança do que tem sucedido noutros países, foi nomeada há já bastante tempo uma comissão oficial incumbida do estudo do tema (o denominado Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida) e existe mesmo um Centro de Estudos de Bioética, em Coimbra, que tem estimulado a investigação científica e doutrinária sobre os múltiplos aspectos em que a procriação artificial se desdobra. Vide, a propósito, os quatro estudos publicados no vol. 51 (1991), II, da Revista da Ordem dos Advogados.

Dos numerosíssimos estudos e relatórios que o tema candente da procriação artificial tem dado lugar em vários pontos do mundo, têm os autores destacado o relatório da Comissão WARNOCK (Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology, 1984) elaborados em Inglaterra por um grupo de peritos de várias disciplinas, sob a presidência da professora de Cambridge, que deu o nome ao documento.

No que respeita ao próprio articulado, como parte integrante do direito português constituído, a única solução segura que do diploma se pode respigar é a de que actualmente se encontra já legalizada a prática da procriação artificial homóloga com sémen fresco.

7. *O estabelecimento da paternidade e a inseminação artificial, perante o direito (português e brasileiro) constituído. A inseminação homóloga.*

Conhecida a completa omissão da procriação assistida na legislação brasileira e feito o levantamento dos três lugares do direito português constituído que a ela se referem, é agora chegado o momento de encarar de frente o problema da filiação perante a prática da inseminação artificial e da fecundação *in vitro* à luz do direito vigente num e noutro dos países.

Para facilitar a exposição, deixar-se-á para segundo lugar a questão da maternidade, cuja solução no terreno do direito positivo levanta menos dificuldade, e começar-se-á pelo estabelecimento da paternidade, encarando sucessivamente, pela ordem natural da sua articulação, mas sem uma absoluta separação entre elas, a modalidade da inseminação homóloga e da inseminação heteróloga.

No que respeita à procriação artificial homóloga, a questão introdutória que logo aflora à consideração do jurista consiste naturalmente em saber se ao conceito legal de filiação aceite na ordem jurídica é ou não essencial a relação *carnal* entre homem e mulher que precede, “segundo os moldes da natureza”, a formação ou concepção do embrião humano.

No caso afirmativo, dir-se-ia que a criança, nascida embora biologicamente do sémen e do óvulo fecundado dos dois membros do casal (matrimônio ou concubinato), seria considerado, em bom rigor, logo que o facto da procriação artificial fosse judicialmente reconhecido, dentro das categorias da filiação catalogadas na lei, filhos sem pai ou filhos de pai incógnito.

No caso contrário, se a lei não tiver por indispensável à figura da filiação a concepção segundo os moldes da própria natureza, pressupondo por conseguinte a relação carnal (o acto sexual) entre os progenitores da criança, nenhum obstáculo de carácter objectivo se oporá ao reconhecimento da paternidade legal da criança concebida pelos métodos da procriação artificial, desde que ambos os progenitores, reunidos sob matrimônio ou em concubinato, hajam consentido no acto.

Ora, posta a questão em semelhantes termos, nenhuma dúvida séria se nos afigura ter real cabimento quanto à resposta negativa, embora em termos muito limitados, em face do direito português constituído, abstraindo por enquanto da preocupação de averiguar qual seja a melhor solução no plano do direito constituendo e até do problema da constitucionalidade da solução.

Três razões fundamentais, conjugadas, parecem depor nesse sentido.

Por um lado, prescreve-se expressamente no artigo 1.801 do Código Civil, na sua nova redacção, que “nas acções relativas à filiação são admitidas como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente considerados”.

É evidente que, isoladamente considerada, desprendida dos seus antecedentes históricos, a disposição apenas significa que, à semelhança do que acontece no direito civil brasileiro, segundo a lição da melhor doutrina, para solucionar a questão da filiação (especialmente do estabelecimento da paternidade fora do casamento), o tribunal pode lançar mão de todos os meios científicos de prova (exame de sangue e outros análogos), a fim de saber qual foi o varão que teve com a mulher a relação de cópula que verdadeiramente gerou o filho. E nada nos diz, de modo diceto, sobre a questão muito diferente de se saber se ao vínculo legal da paternidade basta a prova científica de que os elementos integrantes do embrião humano formado, à margem do acto sexual, pertencem a determinado casal.

Se nos recordarmos, porém, de que a nova disposição legal nasceu em 1977 sobre os escombros do preceito (artigo 1.799) que na primitiva versão do Código Civil de 1966 pronunciava o anátema categórico contra a fecundação artificial como fonte da paternidade, não poderá o intérprete deixar de ver na nova norma jurídica, para além do seu significado imediato, uma espécie de porta entreaberta para a admissibilidade da prova científica da procriação assistida.

Mais incisivo, contudo, do que o argumento tirado pela porta entreaberta para o escuro do novo texto do artigo 1.801, é o depoimento parcial e indirecto, prestado pelo novo preceito do nº 3 do artigo 1.839 do Código português.

A propósito da célebre presunção de paternidade mantida no nº 1 do artigo 1.826 (do Código Civil), em relação ao marido da mulher que deu à luz o filho, prescreve o novo nº 3 do artigo que “*não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

Do texto e do espírito desta disposição, uma conclusão se pode deduzir com inteira segurança: é que, no caso de procriação artificial por meio de inseminação artificial *heteróloga*, à criança pode vir a ser definitivamente atribuída a paternidade do marido da mãe, apesar de se poder saber, mediante elementos probatórios seguros, que não foi este que a gerou.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Esta solução constitui um dos mais convincentes argumentos a favor da tese de que o direito português perflha uma concepção não puramente biológica ou genética da filiação, na medida em que inequivocamente se admite o estabelecimento definitivo de uma paternidade, eventualmente contrária a relação real da concepção do filho. Mas o argumento mais forte em benefício do carácter *social* (ou legal) que, pelo menos em muitos casos, sob os olhos complacentes da lei, a filiação pode assumir, reside na *caducidade* a que a lei sujeita, quer as acções de impugnação da paternidade presumida, quer as acções de impugnação da paternidade presumida, quer as acções de investigação de maternidade (art. 1.817, nº 1) e de paternidade (art. 1.873 do Código Civil), em contraste com a doutrina dominante no direito brasileiro, que defende a imprescritibilidade das acções de estado (ORLANDO GOMES, *Direito de família*; CAIO MÁRIO, ob. e ed. cit., pág. 128).

Sobre a delicada questão do carácter biológico ou da natureza puramente

Para tanto bastará que, tendo ambos os progenitores consentido na inseminação heteróloga, o filho, que goza hoje de legitimidade para impugnar a paternidade presuntiva do marido da mãe, não interponha a respectiva acção em tempo oportuno.

E a idêntica solução, embora por outra via, se chegará no domínio do direito brasileiro, que ainda hoje reserva para o marido a legitimidade processual para a acção de impugnação de paternidade.

Dir-se-á que esta solução não prova ainda, de modo nenhum, a possibilidade legal da paternidade assente na procriação *artificial*, mas apenas a possibilidade de mais uma série de casos em que a paternidade legal não coincide com a paternidade biológica ou *genética*.

Admita-se, todavia, que a inseminação heteróloga da mulher ou a fecundação heteróloga *in vitro* do óvulo da mulher se processou com inteiro desconhecimento do marido, ou se fez mesmo com ignorância da mulher, que não se apercebeu da inseminação ou julgou, por erro, ter concebido com espermatozóide do marido.

Nesses casos, uma outra conclusão pode também dar-se como certa, embora por argumento a contrário (*sensu*).

É que, não apenas o filho, mas também qualquer dos cônjuges que não anuiu na inseminação (heteróloga), pode *impugnar* a presunção de paternidade, com base na procriação heteróloga.

Mas certo é também que, mesmo nessas hipóteses, o filho não poderá obter o reconhecimento positivo da paternidade do progenitor biológico, se o espermatozóide for fornecido em regime de anonimato, ou sob a forma de cocktail de espermatozóides, ou com a indicação de provir de pessoa já defunta ou de ter sido adquirido sem qualquer participação da vontade do dador no acto da concepção.

---

social do vínculo da filiação, no direito alemão, cf. DEICHFUSS. Abstammungsrecht und Biologic, págs. 154 e segs.

Duvidosa — mas bastante duvidosa mesmo —, em face do texto e do espírito da norma em exame, quanto à viabilidade da acção de investigação de paternidade, no caso de inseminação artificial heteróloga, contra o dador do esperma, seria apenas a hipótese de a concepção se ter processado com a perfeita identificação e o conhecimento deste.

Mas uma conclusão pode certamente adiantar-se de imediato, mesmo para essa hipótese de consentimento do dador de esperma.

Se o consentimento deste se limita ao acto de fornecimento do esperma ao organismo público ou privado que procede à distribuição dele, seja em regime de anonimato, seja com rigorosa identificação do dador, falta manifestamente aos actos subseqüentes de fecundação do óvulo e de gestação do embrião o elemento voluntário mínimo para, à luz de qualquer conceito de razoabilidade, ser lícito admitir o vínculo jurídico da paternidade.

E ainda na hipótese puramente académica de o dador de esperma ter agido com a intenção de assumir a paternidade de quem quer que viesse a ser gerado com o cruzamento do sémen por ele fornecido ao banco distribuidor, só por absurdo, inimputável à vontade do legislador, se poderia admitir que esse tipo extravagante de consentimento bastasse para combustanciar o vínculo transcendente da filiação.

De sentido positivo, favorável ao reconhecimento da filiação, mas quando assente na procriação artificial *homóloga*, é o argumento que faculta o Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro.

Distingue-se, efectivamente, no artigo 1º desse diploma, entre as técnicas de procriação artificial homóloga com sémen fresco e todas as demais modalidades de procriação assistida, entre as quais avulta a inseminação artificial heteróloga.

Quanto a essas últimas, a permissão da sua prática ficou expressamente dependente da observância de condições que o governo prometeu definir em decreto regulamentar, mas que até hoje (mais de sete anos decorridos) não conseguiu elaborar e dar à luz.

Relativamente à inseminação artificial homóloga com sémen fresco é que o artigo 1º dispensa a autorização oficial para a sua prática, sinal evidente de que a quis sancionar, sem necessidade de observância de quaisquer condições prévias definitivas pela administração; e faculta ao intérprete a indicação de que a quis permitir imediatamente, porque o diploma, contra o que é habitual e seria lícito esperar em inovações desta natureza, foi mandado entrar em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

E se a lei quis sancionar assim, tão pressurosa, esta prática da inseminação e da fecundação *in vitro* homóloga, é porque nela se reconheceu, implicitamente, uma fonte válida da filiação. De contrário, a lei poderia ser acusada, com razão, de ter vendido gato por lebre a todos os utentes dos serviços legalizados.

Nenhum sentido faria, de facto, que o legislador punisse hoje, severamente, através da nova lei sobre a responsabilidade civil do produtor, o fabricante da talidomida ou de outras drogas equivalentes, porque podem dar origem ao nascimento de crianças sem braços ou sem pernas, e cometesse ele a vilania de um dos elementos mais valiosos da sua personalidade, que é a paternidade do nascido.

Pode assim dar-se hoje como assente, em face do direito português constituído, à luz do disposto no artigo 1º, nº 2, do Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro, que a procriação artificial, quando operada sob a forma da procriação homóloga com sémen fresco, cientificamente comprovada, é reconhecida como fonte da filiação, dentro ou fora do casamento, consoante as circunstâncias.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Acrescente-se, aliás, que a forma como a presunção de paternidade se encontra definida no artigo 1.826, nº 1 do Código português (ao contrário do que sucede com a formulação correspondente do 1591, I, do Cód. alemão) cobre perfeitamente a situação da concepção mediante inseminação artificial (seja ela de que natureza for) enquanto não houver acção procedente de impugnação. Sobre a fórmula alemã da presunção, vide por todos DEICHFUSS, *ob. cit.*, pág. 171. Quanto à hipótese de a mãe ter utilizado comprovadamente

## 8. A inseminação heteróloga

Em relação à chamada inseminação artificial heteróloga, que abrange não apenas os casos de fecundação do óvulo de mulher casada, ou em relação de concubinato, com espermatozoides de pessoa estranha, mas todos os casos de fecundação sem relação carnal, envolvendo pessoas não ligadas pelo matrimônio ou pela relação de companheirismo,<sup>21</sup> uma dupla conclusão parece impor-se também perante o direito português constituído.

Por um lado, depreende-se do disposto no novo texto do artigo 1.839 do Código Civil, na versão posterior à reforma de 1977, que a inseminação artificial heteróloga pode servir de fundamento à impugnação da paternidade legalmente presumida.

Com efeito, o artigo 1.799 do mesmo Código, na sua versão primitiva, afastava categoricamente a invocação da inseminação artificial, quer para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, quer para impugnar a paternidade presumida por lei, como sinal manifesto da reprovação ético-jurídica de todas as práticas de procriação contrárias aos moldes da natureza.

O artigo 1.839, nº 3, na sua versão actual, só afasta pelo contrário, a invocação da inseminação artificial para afastar a presunção da paternidade, de acordo com a sua visão agnóstica da questão, apenas em relação ao cônjuge ou aos cônjuges que nela tenham consentido, em estrita obediência a um outro princípio, que é o da condenação do *venire contra factum proprium*.

---

sémen do marido pré-falecido e de a criança nascer depois dos 300 dias subsequentes à dissolução do casamento (art. 1.829), ter-se-á esta por nascida fora do casamento, mas filha do marido da mãe. Cf. DEICHFUSS, *ob. cit.*, pág. 172.

<sup>21</sup> É o caso típico da mulher a quem só interessa a maternidade e a conseqüente posse do filho e a quem não interessa o vínculo da paternidade, seja porque pretende criá-lo e educá-lo por si só, seja porque lhe interessa reservar a sua criação e educação para ela e a mulher com quem mantém uma relação lésbica.

Dos próprios termos em que a restrição é circunscrita no texto legal — “*não é permitida a impugnação da paternidade ... ao cônjuge que nela (referindo-se à inseminação artificial) consentiu*” — se depreende, com suficiente segurança, que a impugnação é permitida ao cônjuge que não consentiu nessa prática (quer se trate do marido da mãe, quer se trate da própria mãe, na hipótese menos natural).

Mas poderá a impugnação ser deduzida pelo Ministério Público, a requerimento do dador de esperma, nos termos do artigo 1.841 do Código Civil? Ou poderá a inseminação heteróloga, uma vez afastada a antiga excomunhão lançada sobre essa prática pela primitiva versão do artigo 1.799 do mesmo diploma, ser invocada como fundamento da paternidade, seja a requerimento do filho, seja a instância da mãe ou seja por iniciativa do dador, a quem se poderia chamar o pai genético?

A resposta do intérprete há-se de ser francamente negativa, tomando como ponto de partida o próprio Decreto-Lei nº 319/86.

É que, além de ter fechado, embora provisoriamente, as portas à prática da inseminação heteróloga, o simples facto de há mais de sete anos o governo ter omitido a publicação do decreto-regulamentar que precipitadamente prometeu no Decreto-Lei, revela inequivocamente que o legislador, não obstante a mentalidade agnóstica e o espírito crassamente positivista com que encarou o problema, não considerou ainda suficientemente amadurecidas as condições necessárias para a aceitação das práticas anômalas ou heterodoxas, reunidas sob o manto comum da procriação assistida, como fundamento da filiação.

E a esse facto, tirado do próprio direito constituído, haverá que aditar, não só o respeito objectivamente devido à dignidade da espécie humana, o repúdio de tudo quanto representa a fabricação artificial do ser humano, mas também a salvaguarda do valor essencial que o estabelecimento da paternidade representa para cada indivíduo, no desempenho do papel que a cada um compete no palco da vida (da vida que é *sua* e só *sua*).

## 9. Estabelecimento legal da maternidade, nos diversos casos de procriação assistida

O problema do estabelecimento da maternidade, nos casos de procriação assistida, não levanta nenhuma dificuldade especial, perante o direito constituído, quer português, quer brasileiro, sempre que a concepção ou fecundação se faz com óvulos pertencentes à mulher em cujo útero ou em cujas trompas se processa a gestação do feto.

Diz-se, efectivamente, no artigo 1.796 do Código português que, "*relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento*".<sup>22</sup> E no mesmo sentido ensina CAIO MÁRIO<sup>23</sup> que, na prática, tudo se simplifica quanto à maternidade, pois esta "*ostenta-se por sinais visíveis e permanentes, como a gravidez, o parto especialmente*".

Se a maternidade resulta, como diz a lei com os olhos postos nos moldes normais da concepção e da gestação intra-uterina, do facto do nascimento, mãe legal da criança é a mulher que dá à luz, quer o nascido resulte da relação carnal do casal constituído por marido e mulher e mulher ou companheiro e companheira, quer provenha de inseminação artificial homóloga, quer proceda de inseminação heteróloga.

As reservas que fundadamente se levantam contra o estabelecimento da paternidade, com base na simples pertinência do esperma ao dador, no caso da procriação artificial heteróloga, nenhum cabimento encontram obviamente em relação à mãe que traz o filho no ventre durante os cerca de nove meses de duração da gravidez, seja quem for o dador do esperma que a fecundou.

As dúvidas só se podem levantar, e as dificuldades só principiam, quando o óvulo fecundado *in vitro*, no útero ou nas trompas da mulher que engravida pertence a outra mulher, ou também, no caso de inseminação heteróloga, quando a mãe in-

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido o texto do artigo 1.816, n.º 1, relativamente à investigação judicial da maternidade.

<sup>23</sup> Reconhecimento de paternidade e seus factos, 3.ª ed., 1991, pág. 68.

cubadora engravida por conta de outra, especialmente quando o arranjo negocial subjacente envolve o esperma fresco fornecido pelo marido desta.

Em relação a todas as espécies abrangidas neste vasto tipo de situações, uma premissa deve dar-se tranqüilamente como certa. É a da nulidade de todas as convenções negociais relativas ao estabelecimento da maternidade, por serem não só ofensivas aos bons costumes, como contrárias à lei, com base na sua imoralidade.

Trata-se de direitos indisponíveis, cuja comercialização repugna no mais alto grau à ordem pública e ao espírito do sistema.

Em segundo lugar, perante o conflito entre a mãe genética e a mãe incubadora ou parturiente, se as leis de todo em todo o não conseguirem prevenir, a preferência deve caber à mãe gestante ou mãe parturiente, tanto em face da letra, como do espírito da lei,<sup>24</sup> visto ser muito mais forte o laço que em nove meses de gestação se aperta entre esta e o nascituro, do que o vínculo que o orgasmo feminino momentâneo cria entre a mulher sexualmente excitada e o óvulo que o seu ovário produz ou do que a caprichosa vontade que possua a mulher estéril de possuir um filho que a Natureza lhe nega.

### 3º

#### *O direito civil constituendo*

##### *10. Síntese de idéias gerais sobre o tema*

Para concluir o programa traçado, faltaria agora esboçar o esquema do melhor regime da matéria da procriação artificial no plano do direito constituendo.

---

<sup>24</sup> No mesmo sentido a doutrina expressa do artigo 10, n° 3, da Lei espanhola n° 35/88. E em idêntica linha de orientação se perfila o acórdão do Tribunal de Cassação de Paris que proibiu inclusivamente o adopção plena do menor pretendida pela mãe subrogada ou mãe substituta (TALCIANI, *est. cit.*, pág. 455, nota 40).

Esse seria porventura o capítulo da palestra que o auditório ouviria com maior interesse e curiosidade, uma vez que o auditório ouviria com maior interesse e curiosidade, uma vez que o próprio legislador português, ainda insatisfeito com os resultados das investigações realizadas em torno do tema, há mais de sete anos mantém a pena em suspenso, por manifesto temor de não acertar nas melhores soluções, quer na área terrena do direito privado da filiação, quer no extracto superior do direito criminal e disciplinar.

Simplesmente, a hora da exposição vai adiantada e a atenção dos ouvintes tem limites que um professor, mais do que ninguém, tem obrigação de conhecer e o dever de respeitar.

Eis a razão pela qual o encerramento da lição se há-de cingir ao seco enunciado das premissas a que o autor confiaria a resolução do problema, com o peso da sua múltipla experiência e a reflexão do seu aturado estudo da matéria, deixando para posterior encontro, em condições mais propícias, o desenvolvimento da fundamentação das suas teses.

a) A mais importante das idéias básicas que acode ao espírito do jurista, no exame do tema, é a que consta (nada mais, nada menos), do artigo 1º da Constituição Portuguesa.

Diz-se no texto, que serve de pórtico à lei fundamental, além do mais, que Portugal é uma República soberana baseada “na dignidade da pessoa humana”. Significativamente, os constituintes alicerçam a comunidade nacional, não na vontade dos cidadãos ou na determinação dos indivíduos, como mandariam os cânones do puro liberalismo individualista, mas na dignidade (que é um valor transcendente) da *pessoa humana*. Pessoa humana que não é apenas um indivíduo *livre e racional*, mas também um ser eminentemente *social*.<sup>25</sup> E é exactamente a tecla da *dignidade social* (não da dignidade indivi-

---

<sup>25</sup> Sobre as coordenadas exactas duma noção *real* (*substancial* — e não puramente *nominal* ou *funcional* — da pessoa humana, vide a série de estudos interessantes do fascículo 6 do nº XLII (1992) da revista *Medicina e Moral* e dedicados ao tema da bioética e da pessoa.

dual) que o artigo 13º do texto constitucional percute, quando define o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Ora, o apelo expresso à *dignidade do homem* como membro do corpo nacional aponta sem dúvida para uma comunidade sã e naturalmente formada, não para uma comunidade libertina ou degenerada, entregue aos apetites, aos caprichos, ao livre instinto dos indivíduos que em cada momento a integram.

Condenação inequívoca, logo no plano da moral e dos bons costumes,<sup>26</sup> de todas as práticas biomédicas incompatíveis com a dignidade da criação humana, como são a fecundação com a mistura de esperma, com o esperma de pessoas mortas ou com o esperma fornecido em regime de anonimato, e como são todas as convenções destinadas à subrogação da mãe ou à entrega da criança a casais de homossexuais.<sup>27</sup>

b) O segundo *valor* que cumpre destacar, ainda no próprio plano da Constituição, é o valor da vida humana.

“A vida humana, proclama solenemente o nº 1 do artigo 24 do texto constitucional, é *inviolável*”.

Quer isto dizer que, enquanto o artigo 66 do Código Civil, num raio de acção mais limitado, prescreve — e bem<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Moral e bons costumes, no sentido objectivo que a expressão reveste segundo o espírito do sistema, que nada tem a ver com as conveniências políticas do pluralismo ideológico ou com as conveniências do “contratualismo moral”, a que se refere, aliás em posição crítica, VITTORIO POSSENTI (La bioetica alla ricerca dei principi: la persona, in *Medicina e Morale*, 1992 (XLII), 6, pág. 1.076).

<sup>27</sup> Não persuadem, ao contrário do juízo formulado no texto, os dados estatísticos coligidos por MÁRIO RAPOSO (*rel. cit.*, versão imprensa, pág. 10), dos quais o autor conclui que “estes e outros dados sugerem que se têm verificado, na família, em Portugal, alterações que facilitam a aceitação da R.U.A.” Essencial é que saibamos distinguir precisamente, em zonas socialmente nevrálgicas como esta, entre os simples *costumes* (os mores) e os *bons costumes* (*boni more*), como a letra e o espírito da lei exigem (art. 280, nº 2, do Cód. Civil). *Vide* MANUEL ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, pág. 305. Não é, de facto, a circunstância de a corrupção se alargar que converte a corrupção num *bom costume*.

<sup>28</sup> A afirmação, pela negativa, do começo da personalidade com o nascimento completo, e com vida, da criança tem o maior interesse, e encontra

— que a personalidade (como quem diz a titularidade autónoma de direitos e deveres) só se adquire no momento do nascimento completo e com vida, o artigo 24 da Constituição, com um conteúdo bem mais simples, afirma em linguagem normativa a inviolabilidade da vida humana.

Prncípio que abrange manifestamente, desde que se presume que o legislador tem plena consciência do valor das expressões que mobiliza e dos contrastes por ele estabelecidos, que a tutela da lei se estende a toda a expressão corpórea e dinâmica da vida humana, abrangendo por conseguinte não só a criança já nascida, mas todo o feto ou embrião onde palpita já o sopro autónomo da vida.

Essa é, como todos sabem, a doutrina expressamente acei-

---

plena justificação, quanto aos direitos de crédito e quanto aos direitos reais em que haja uma expectativa sucessória a favor do nascituro. Com efeito, essa expectativa, quer no caso da sucessão *ex lege* (legítima ou legitimária), quer na hipótese da sucessão testamentária, só se converte em direito (*rectius*: em titularidade de direitos e obrigações) com a aquisição da personalidade do *vocatus*: art. 2.033, 1 e 2, alt. a) do Código Civil. E nenhuma heresia constitui este preceito, com o sentido limitado que reveste, em face da concepção cristã da vida, pois no próprio Evangelho o facto que mais se exalta, com o nascimento do Salvador, é o parto de Maria, em Belém, e não a concepção de Cristo, na cidade de Nazaré.

O que não pode, de modo nenhum, é aceitar-se como válida, no plano do direito constituído, a conclusão *a contrario*, em jeito um tanto *maniqueísta*, de que não sendo *pessoa*, o *feto* seria uma *coisa*, pertencente à mãe, é, como tal, susceptível de livre disposição por parte do seu titular (art. 1.305 do Cód. Civil). A conclusão seria duplamente infundada. Primeiro porque, sendo uma pessoa ainda não consumada, mas em potência ou em substância, um ser humano em devir, o embrião (à semelhança do que sucede com o cadáver, o invólucro corpóreo duma pessoa que foi e deixou de ser) será sempre uma coisa *sui generis*, sujeita a um regime especial, sob tutela da lei (cf. art. 24, nº 1, da Const. Port.). E msentido paralelo distinguem alguns autores (cf. POSSENTI, *est. cit.* pág. 1.088) entre *ser pessoa* (essência) e a *personalidade* (grau de evolução do ser).

Segundo, porque a própria lei civil (art. 202, nº 2), no tratamento jurídico das *coisas*, prevê a existência de coisas inteiramente fora do comércio jurídico (como necessariamente sucede com os embriões e com os cadáveres), que, além do mais, não podem ser objecto de direito privado.

te em alguns convênios internacionais mais significativos sobre a matéria, nomeadamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos — o chamado Pacto de São José de Costa Rica — e na Declaração de Direitos da Criança, da Assembléa Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959. Na primeira declara-se expressamente (art. 4º, nº 1) que o direito à protecção da vida existe, em geral, “a partir do momento da concepção”; na segunda reconhece-se, por sua vez, que a criança necessita da protecção legal *devida*, “tanto antes como depois do nascimento”. Doutrina tradicionalmente defendida pela Igreja Católica, ainda recentemente reafirmada nas Instruções sobre o *Donum vitae*, publicadas em 22 de fevereiro de 1987, pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, que leva inequivocamente à condenação *in limine* das próprias práticas artificiais da inseminação artificial homóloga, mediante a fecundação *in vitro*, por ela envolver, segundo o relato dos próprios cientistas, a consciente eliminação de muitos embriões humanos (óvulos já fecundados), nos quais pulsa já o sopro inviolável da vida humana.<sup>29</sup>

c) Um outro elemento, com inegável interesse para o estudo jurídico do problema, ainda arrancado ao texto constitucional português, é o do preceito consubstanciado no nº 2 do artigo 68, segundo o qual “a maternidade e a paternidade constituem *valores sociais eminentes*”.

Com efeito, esta significativa exaltação da maternidade e da paternidade, não como puros fenômenos naturais de carácter biológico ou de origem laboratorial, mas como autênticos *valores ético-jurídicos* reconhecidos pela *comunidade*, na esfera dos valores sociais *eminentes*, só se compreende a respeito da filiação concebida nos moldes da própria natureza, em que

---

<sup>29</sup> É o que sucede, como TALCIANI (*est. cit.*, pág. 452) justamente salienta, quando na lei espanhola (nº 35/1988) de 22 de novembro, a propósito da fecundação *in vitro*, se prescreve que sejam transferidos para o útero da gestante apenas “o número de pré-embriões cientificamente considerado como mais adequado para assegurar razoavelmente a gravidez da mulher”.

o lado *criativo* do acto se apóia no pacto *unitivo* da relação carnal dos progenitores.<sup>30 31</sup>

São, sem dúvida nenhuma, extraordinárias, e mesmo maravilhosas, as descobertas da ciência biológica registadas nas duas últimas décadas, e serão incontestáveis a sua licitude, bem como a sua utilidade social, sempre que, sem prejuízo da natureza do acto da procriação, ajudem a vencer a esterilidade de muitos casais.<sup>32</sup>

Mas há uma coisa ainda bem mais extraordinária, e muito mais maravilhosa, que inteiramente justifica a qualificação do valor social eminente dada pela Constituição portuguesa aos fenômenos da paternidade e da maternidade.

Há muitos, muitos, milhares de anos, desde que a Terra é habitada, ainda ninguém sonhava que pudesse haver ciência biológica, e já a Providência operava esses milagres extraordinários da diferenciação e da complementação dos sexos, da repartição equilibrada das duas espécies do género humano, da atracção recíproca do varão e da fêmea e, principalmente, da conversão da relação carnal entre um e outro (por mais boçais e ignorantes que eles fossem) na fonte perene da vida

---

<sup>30</sup> É evidente que se ofenderá também o valor social eminente da *maternidade*, se dermos à criança uma dupla ou tríplice maternidade (maternidade genética ou biológica, maternidade gestante e maternidade jurídica ou por encomenda), no caso da mãe substituída ou da mãe subrogada: TALCIANI, *est. cit.* pág. 455, nota 38. E é manifesta a incompatibilidade da idéia da dignidade eminente da paternidade com a prática da procriação em regime de anonimato ou com mistura de espermas, que, além do mais, tão facilmente pode conduzir a esse fenômeno repugnante da filiação incestuosa.

<sup>31</sup> Sempre, porém, que tenha havido inseminação artificial, ainda que heteróloga, na concepção da pessoa, entendem alguns autores alemães, que levam mais a sério a inviolabilidade da pessoa, que este princípio coenvolve o direito a conhecer a própria filiação biológica ou sanguínea. Cf. art. espanhol, nota 19.

<sup>32</sup> Nesse aspecto se pode considerar altamente meritória toda a actividade médica de prevenção da infertilidade (MÁRIO RAPOSO, Relatório- parecer sobre reprodução medicamente assistida (3/C.N.E./93), pág. 1), e bem assim toda a tentativa de cura de deficiências do embrião (Congregação para a doutrina da Fé, Instruções sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, Livraria Editora Vaticana, 1987, pág. 5).

e da propagação da espécie comum<sup>33</sup> — na criação do homem, com o supermilagre da formação do aparelho visual e do sistema auditivo, do aparelho respiratório e do sistema digestivo e do mecanismo extraordinário do raciocínio humano.

De tal modo que o artigo 1.799 do Código Civil português, na sua primitiva versão, ao afastar a inseminação artificial como fonte autônoma da relação jurídica da paternidade ou como excepção da presunção legal da paternidade, longe de constituir uma posição retrógrada da lei ordinária, ainda hoje representa a solução mais fiel aos sinais da própria Natureza<sup>34</sup> e a tradução mais rigorosa dos valores ético-jurídicos consagrados no texto constitucional.<sup>35 36</sup>

---

<sup>33</sup> A intervenção decisiva deste factor sobrenatural — que é a criação da vida — no fenómeno da procriação, num processo biológico que escapa por inteiro à vontade dos autores, torna perfeitamente compreensível que não baste o acto de amor eventualmente subjacente à inseminação artificial para legitimar este processo de criação antinatural da pessoa humana (em sentido diferente, MÁRIO RAPOSO, *ret. cit.*, págs. 14-15).

<sup>34</sup> No mesmo sentido a doutrina da Instrução da Congregação para a Doutrina da Fé (pág. 30), quando ensina que o processo da FIVET homólogo, mesmo isento de “qualquer compromisso com a prática abortiva da destruição de embriões e com a masturbação, permanece uma técnica moralmente *ilícita*, porque priva a criação humana da dignidade que lhe é própria e conatural”.

<sup>35</sup> Em sentido oposto, a primeira das conclusões formuladas no Relatório do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, elaborado por MÁRIO RAPOSO (*op. cit.*, pág. 17), segundo a qual as técnicas da R.M.A. (Reprodução Medicamente Assistida) “não devem ser eticamente rejeitadas por motivo da dissociação que de facto estabelecem entre acto sexual e procriação”. Que o fenómeno da dissociação referido existe no Mundo, que tal realidade social não pode ser ignorada pelo legislador, até pela tutela que a criança assim concebida, sem culpa própria, merece pelo simples facto de ser uma pessoa humana, ninguém contestará. Mas que essa prática não só receba a plena aprovação legal do Estado, mas seja por este estimulada sob a bênção da Ética, em lugar de ser combatida em nome dos mais altos valores da comunidade, é que já no merece igual adesão. Plenamente aceitável é já a conclusão do relatório, quanto à procriação artificial heteróloga. Por todos os motivos evocados e na fidelidade aos princípios de que partiu, este Conselho não pode considerar a R.M.A. heteróloga como eticamente aceitável”.

<sup>36</sup> Caso particularmente delicado é o de a mulher ter praticado a inseminação artificial sem consentimento do marido, sobretudo se o fizer com

d) Um quarto argumento pode ainda desentranhar o intérprete da leitura atenta do texto constitucional português contra algumas das modalidades mais repugnantes a que se presta a chamada “reprodução medicamente assistida” (R.M.A.).

Diz-se, efectivamente, no artigo 26 da Constituição, no capítulo consagrado aos “direitos, liberdades e garantias pessoais” do cidadão que, além do direito à vida e do direito à integridade moral e física, o Estado a todos reconhece, além de outros, o direito “à identidade pessoal”.

Ora, este direito solenemente proclamado na Constituição à identidade pessoal não pode, segundo a melhor interpretação do texto, confinar-se a um singelo direito ao nome de cada indivíduo; e entre os elementos que necessariamente acrescem ao nome não podem deixar de figurar a maternidade e a paternidade, como as raízes definidoras, por excelência, da sua identificação.

Razão pela qual se não podem deixar de considerar como contrárias ao espírito dessa norma constitucional todas as modalidades da procriação artificial assistida que, como a inseminação ou a fecundação *in vitro* com esperma anónimo, com *cocktail* de esperma, com esperma congelado de pré-defunto ou até com recurso aos ovócitos fornecidos para fecundação ou ventre alheio, conduzem a uma verdadeira amputação da relação de filiação. São crianças sem pai ou sem mãe, a quem só por escárnio se pode dizer que a lei protege na sua identidade pessoal, se legitimar as práticas biomédicas capazes de conduzir a semelhante situação.

e) Finalmente, um outro valor, do mais alto nível ético-jurídico, há-de ser ainda ponderado na resolução da complexa questão da procriação assistida.

Princípio a que as leis e as próprias constituições não fazem, por via de regra, nenhuma directa alusão, mas que nem

---

sémen de terceiro, não podendo o marido impugnar a legitimidade com base noutras circunstâncias. Cf., todavia, o disposto hoje no art. 1.839, 2.

por isso deixa de constituir uma das traves-mestras da nova ordem jurídica das nações mais civilizadas.

Trata-se do direito à *verdade*, que a cada passo aparece invocado nas relações entre a administração e os cidadãos sob a veste do dever da transparência dos actos públicos ou do direito à informação.

No capítulo do direito privado da família, o direito à verdade, seja qual for a solução que venha a ser dada às questões da procriação assistida na área social da filiação, há-de traduzir-se sempre na possibilidade de cada um, dentro de um período de tempo em que menor seja o risco de adulteração dos factos, conhecer as origens da sua pessoa.<sup>37</sup>

Não apenas por motivos de ordem eugênica, para melhor diagnosticar e combater os germens das doenças ou anomalias que herdou; não só por motivos de carácter sócio-jurídico, como seja o de prevenir essa maldição sem nome das relações incestuosas; mas principalmente por amor à própria verdade, para cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento.

---

<sup>37</sup> O direito do filho ao conhecimento da sua ascendência (*das Becht des Kindes auf kenntnis seiner Abstammung*), como um dos *topos* da filiação ilegítima, foi tema vivamente debatido na literatura jurídica além. Vide, por todos, DEICHFUSS, *ob. cit.*, pág. 114, e KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der Eigenen Abstammung*, Gottingen.