

# **PROcriação Medicamente Assistida\***

Jorge Duarte Pinheiro\*\*

Sumário: 1. Noção de procriação medicamente assistida. 2. Plano. 3. Conveniência ou necessidade de uma legislação geral. 4. Os princípios fundamentais de direito aplicáveis à matéria da procriação medicamente assistida. 5. Motivos legítimos de recurso à procriação medicamente assistida. 6. Os beneficiários do acesso à procriação assistida. 7. A admissibilidade dos processos heterólogos. 8. A admissibilidade da maternidade de substituição. 9. A admissibilidade da procriação assistida *post mortem*. 10. O destino dos embriões excedentários. 11. O estabelecimento da filiação. 12. Conclusão.

## **1. Noção de procriação medicamente assistida**

No Acto Uniforme de Filiação norte americano, a procriação medicamente assistida (PMA) é definida como o "método de causar gravidez sem ser através do coito"<sup>1</sup>. Entre nós, alguns autores usam a expressão para agrupar o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual<sup>2</sup>.

No âmbito destas técnicas independentes da prática de cópula, devem separar-se os processos de procriação sexuada dos processos de procriação assexuada. Os processos de procriação sexuada pressupõem o recurso a dois componentes genéticos, um de uma

---

\*Texto baseado numa palestra proferida em 10 de Maio de 2004 sobre o mesmo tema, no âmbito do Curso de Direito da Bioética, organizado pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados em conjunto com a Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

\*\*Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa, autor da dissertação de doutoramento *O núcleo intangível da comunhão conjugal (Os deveres conjugais sexuais)*, elaborada sob a orientação do Prof. Doutor António Novais Marques dos Santos.

<sup>1</sup>Cfr. artigo 1, secção 104, nº2, do Acto ("*Assisted reproduction means a method of causing pregnancy other than sexual intercourse*"). O *Uniform Parentage Act* foi elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, que também o aprovou em 2000, com o objectivo de levar a uma aproximação das legislações dos vários Estados federados norte-americanos relativas ao estabelecimento da filiação. O documento, que sofreu a sua última alteração em 2002 e foi aprovado pela American Bar Association em 2003, pode ser consultado em [www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc\\_frame.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm).

<sup>2</sup>Cfr. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/91, p.235.

pessoa do sexo masculino e outro componente de uma pessoa de sexo feminino. Mais precisamente, recorre-se a gâmetas ou células reprodutoras, ao espermatozóide e ao óvulo ou ovócito.

Os processos de procriação assexuada são aqueles que podem ser efectuados com o recurso apenas a um componente genético, que tanto pode ser proveniente de uma pessoa do sexo feminino como do sexo masculino. No seio destes processos, destaca-se a clonagem reprodutiva humana, na qual um óvulo previamente desnucleado (privado da sua informação genética) é "fertilizado" com uma célula não genital que possua todos os cromossomas necessários para dar origem a um ser humano (por exemplo, uma célula mamária, intestinal ou estomacal). O embrião resultante da introdução da célula somática no óvulo desnucleado é transferido para o útero de uma pessoa, culminando o processo com o nascimento de uma criança que reproduzirá, quase fielmente, aquela pessoa que forneceu a célula somática<sup>3</sup>.

Os processos de procriação assexuada, como a clonagem, levantam problemas muito particulares, que são distintos daqueles que são suscitados pela utilização dos outros processos de procriação medicamente assistida. No plano ético e jurídico, basta referir, por exemplo, a dificuldade de harmonizar a clonagem com o direito à individualidade e à unicidade da pessoa humana<sup>4</sup>.

Atendendo à particularidade dos processos de procriação assexuada, o nosso texto irá centrar-se nos outros processos, os de procriação medicamente assistida sexuada, em que se inserem técnicas muito utilizadas, como é o caso da inseminação artificial (IA), da

---

<sup>3</sup>Cfr. Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04, de Julho de 2004, n.º1.3., elaborado pelo Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida (CNECV), que foi consultado em [www.cnecv.gov.pt](http://www.cnecv.gov.pt).

<sup>4</sup>Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, p.67: a clonagem humana não é compatível com o direito fundamental à identidade pessoal absoluta. Ver ainda: CATARINA AFONSO, "A clonagem, um desafio à ordem jurídica", em *Prémio Dr. João Lopes Cardoso, Trabalhos premiados I*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados/Almedina-Coimbra, 2002, pp.237, 254 e 261; ADALGISA BALDOTTO EMERY, *Bioética: Margens da autonomia da vontade face às novas tecnologias biocientíficas. Aspectos positivos e negativos da evolução científica*, texto policopiado, relatório do curso conducente ao Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p.41; MÓNICA GOMES, "Clonagem: legitimidade face à protecção dos direitos fundamentais", texto policopiado, relatório de Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, em particular, p.32 e s. De assinalar que a clonagem humana é uma prática proibida na nossa ordem jurídica, onde desde 1 de Dezembro de 2001 vigora o Protocolo Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos. O Protocolo Adicional, aberto à assinatura em Paris, a 12 Janeiro de 1998, foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º1/2001, de 3 de Janeiro.

fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIVETE), da transferência intratubária de gâmetas (GIFT), zigotos (ZIFT) ou embriões (TET), e da injeção intracitoplasmática de esperma (ICSI)<sup>5</sup>.

A IA e a GIFT têm em comum o facto de a fecundação operar dentro do organismo materno ou *in vivo*. As outras técnicas mencionadas — FIVETE, ZIFT, TET e ICSI — caracterizam-se por a fecundação operar *in vitro*, fora do organismo materno.

A IA consiste na introdução de esperma nos órgãos genitais femininos sem ser por intermédio de cópula. Na GIFT, óvulos e espermatozóides, previamente preparados em laboratório, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que aí se dê a sua fusão.

No que toca às técnicas de fecundação extracorporal, a FIVETE consiste na inseminação laboratorial de ovócitos previamente recolhidos e na transferência dos embriões assim obtidos para o útero. A ICSI também envolve a transferência de embriões para o útero, mas distingue-se da FIVETE, na medida em que a obtenção de embriões é conseguida mediante a introdução de um único espermatozóide no interior do ovócito, mais precisamente, no próprio citoplasma ovocitário<sup>6</sup>. A ZIFT e a TET comportam uma etapa de inseminação *in vitro* de ovócitos semelhante à da FIVETE. No entanto, a transferência dos produtos de concepção, realizada após um determinado período de permanência laboratorial, é feita para a trompa de Falópio e não para o útero. Por fim, o que separa a ZIFT da TET é aquilo que é objecto de transferência para o organismo materno: na ZIFT, zigotos, isto é, óvulos que já foram fertilizados mas que ainda não deram origem a embriões<sup>7</sup>; na TET, embriões, o que aproxima, neste aspecto, tal técnica da FIVETE e da ICSI.

---

<sup>5</sup>No resto deste número, além do Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04, seguimos de perto outro documento do CNEV sobre procriação medicamente assistida: o Relatório-Parecer 3/CNE/93, de 10 de Fevereiro de 1993, I.1. e I.2., consultado em [www.cnecv.gov.pt](http://www.cnecv.gov.pt).

<sup>6</sup>A ICSI enquadra-se no seio de um conjunto de técnicas que pretendem introduzir artificialmente espermatozóides no interior do ovócito. Além da ICSI, cabem neste conjunto de técnicas, por vezes designado pela expressão "fecundação assistida", a dissecação parcial da zona pelúcida ovocitária (PZD) e a inseminação subzonal (SUZI). A PZD "procura facilitar o acesso do espermatozóide ao ovócito, reduzindo a espessura da sua membrana externa"; através da SUZI "injectam-se alguns espermatozóides dentro do ovócito entre a zona pelúcida e a membrana externa". Cfr. Relatório anexo ao Parecer 44/CNECV/04 cit., nº 1.3., no qual se esclarece que, actualmente, a ICSI é "quase a única e exclusiva forma de fecundação assistida".

<sup>7</sup>Apesar de constituir um produto da fecundação ovocitária, o zigoto precede a clivagem, processo de divisão que cria as células originais do embrião.

Quando um casal se submete a uma das técnicas de procriação medicamente assistida sexuada, é comum distinguir em razão da proveniência das células reprodutoras. Se os espermatozóides e os ovócitos provêm do próprio casal estamos na presença de procriação medicamente assistida *homóloga*. Se os espermatozóides ou/e os ovócitos não provêm do casal, tendo havido recurso a um dador, a alguém que é exterior ao casal, a procriação diz-se *heteróloga*. É o que sucede, por exemplo, se, na inseminação artificial, o espermatozóide introduzido nos órgãos genitais de mulher casada não pertencer ao marido (situação em que a inseminação artificial é designada pelas siglas IAD).

## **2. Plano**

A procriação medicamente assistida suscita várias questões éticas e jurídicas que, pela sua importância e sensibilidade, serão aqui objecto de consideração. Curiosamente, a primeira dificuldade consiste em saber se deve haver, ou não, uma legislação expressamente destinada a regulamentar a generalidade dessas questões. Independentemente deste problema, que será estudado no próximo número do presente estudo, há circunstâncias e eventualidades que não podem ser ignoradas pelo jurista e que exigem uma solução; não *uma solução qualquer*, note-se, mas uma resposta que satisfaça no plano prático e sistemático. Deste modo, o nº4 é dedicado à indagação dos critérios normativos susceptíveis de nortear o jurista na resolução das questões mais sensíveis em torno da procriação medicamente assistida. Entre essas questões encontra-se, nomeadamente, o problema das condições de admissibilidade. Qualquer motivo serve para recorrer à procriação independente da prática do acto sexual, ou só a esterilidade? É disso que se tratará no nº5. E o nº6 constituirá o momento oportuno para debater outra questão polémica: quem pode beneficiar do acesso à procriação medicamente assistida? Casais heterossexuais ou também casais homossexuais? Casais ou também pessoas sós? No nº7 serão analisados os problemas específicos decorrentes da utilização dos processos heterólogos, *v.g.*, o impacto da quebra entre a filiação e a biologia, a contrapartida económica da dação de material genético e o anonimato do dador. Segue-se, no nº8, o tema da maternidade de substituição. A figura será apreciada sob a óptica conceptual e

sob a óptica da conformidade com a nossa ordem jurídica. Os avanços tecnológicos obrigam-nos a reflectir sobre a admissibilidade da procriação assistida *post mortem*, no nº9. Será aceitável a constituição deliberada de uma família monoparental? O nº10 refere-se a um problema particularmente difícil. As técnicas de fertilização *in vitro* criam embriões que não chegam a ser transferidos para o organismo materno. Que destino dar aos embriões excedentários? Devem ser conservados para efeitos de futura procriação? Devem ser destruídos? Podem ser usados em experiências científicas? No nº11, enfrenta-se a problemática do estabelecimento da filiação nas várias situações de procriação medicamente assistida. É que o sistema de estabelecimento da filiação traçado pelo nosso Código Civil tem como pressuposto central a procriação por cópula. O presente artigo termina com uma nota conclusiva, que é apresentada no nº12.

### **3. Conveniência ou necessidade de uma legislação geral**

A legislação ordinária portuguesa sobre procriação assistida resume-se ao seguinte: o artigo 1839º, nº3, do Código Civil, que não permite a impugnação de paternidade "com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu"; o artigo 168º do Código Penal, que prevê pena de prisão de 1 a 8 anos para "quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento"; a Lei nº3/84, de 24 de Março, sobre educação sexual e planeamento familiar, que incumbe o Estado de aprofundar "o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade" (artigo 9º, nº2); o Decreto-Lei nº319/86, de 25 de Setembro, que estabelece normas relativas à disciplina e actividade de bancos de esperma, proíbe a execução da inseminação artificial com esperma fresco, determinando que a inseminação heteróloga deve apenas poder ser realizada com esperma recolhido, manipulado e conservado por "organismos públicos ou privados que tenham sido expressamente autorizados pelo Ministério da Saúde" (artigo 1º, nº1); a Lei nº12/93, de 22 de Abril, sobre colheita e transplante de tecidos e órgãos de origem humana, cujo nº1 do artigo 1º prevê que a "dáviva de óvulos, de esperma e a transferência de embriões são objecto de legislação especial".

Deste conjunto normativo pouco se retira em matéria de regime vigente aplicável à procriação medicamente assistida, o que é confirmado pela análise de cada um dos textos referidos. O artigo 1839º, nº3, do Código Civil, a que a doutrina atribui, com justiça, grande relevo no campo do estabelecimento da filiação<sup>8</sup>, está longe de assumir relevância directa comparável na área que nos ocupa. O preceito alude a apenas uma de muitas das técnicas de reprodução assistida, limitando-se a fixar o efeito que o consentimento do cônjuge do sexo masculino, prestado quanto à aplicação dessa técnica ao outro cônjuge, produz no plano da determinação da paternidade. Não oferece sequer uma base segura para dizer que o legislador se pronunciou pela licitude da inseminação artificial heteróloga<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup>Abarcando a inseminação quer homóloga quer heteróloga, o artigo 1839º, nº3, prevê um terceiro tipo de filiação, que se não confunde nem com a filiação natural nem com a filiação adoptiva. Ao proibir a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu, a disposição legal atribui a paternidade ao marido da mãe que foi sujeita a inseminação, mesmo que o esperma seja de terceiro, o que representa um afastamento do critério biológico da filiação natural, e sem que o vínculo de filiação tenha sido constituído por sentença, como acontece na adopção. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, "Procriação assistida e Direito", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp.660-661; PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A)", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp.356-357; TIAGO DUARTE, "In vitro veritas?" - *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 56, 59 e 60.

Uma parte da doutrina opõe-se a esta interpretação, alegando que se está perante uma simples proibição do *venire contra factum proprium*. Deste modo, o filho resultante da inseminação poderia impugnar a paternidade do marido da mãe, porque ele não está entre as pessoas que consentiram no acto de procriação assistida. Cfr. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família* cit., pp. 288-289; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em anotação ao artigo 1839º, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp.187-188; ANTUNES VARELA, "A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ano 127º, 1994-1995, nº 3849, p.359; FRANCISCO AGUILAR, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 2000, p.676 e s.; JOANA CABRAL PEREIRA, "Considerações sobre o artigo 1839º, nº3, do Código Civil (Implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)", *Scientia Iuridica*, tomo 51, nº292, 2002, p.156.

Contudo, como defende PAMPLONA CORTE-REAL (ob. e loc. cit.), o artigo 1839º, nº3, é "uma inerência da *definitividade* virtual dos chamados *estados de família*"; a interdição da impugnação da paternidade estende-se, portanto, a todas as pessoas referidas no artigo 1839º, nº1, incluindo o filho nascido do acto de procriação medicamente assistida. De facto, num domínio particularmente marcado pelo interesse público como é o do estabelecimento da filiação, parece-nos muito questionável a escolha de um caminho interpretativo assente na figura do abuso do direito. Com maior facilidade se inscreve no espírito do Direito da Filiação o propósito de uma definição clara e estável do vínculo de filiação do que a preocupação circunscrita de manter tal vínculo só para reprovar o comportamento contraditório de uma certa pessoa.

<sup>9</sup>Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Aspectos jurídicos da procriação assistida", *Revista da Ordem dos Advogados* nº 49, Dezembro de 1989, p. 773: o legislador não quis tomar partido na discussão acerca da admissibilidade da inseminação heteróloga; ele limitou-se a estabelecer um determinado aspecto do regime, na eventualidade de esta modalidade de procriação assistida ser praticada.

Apesar de a incriminação da procriação artificial não consentida traduzir a tutela da "liberdade (negativa) da mulher de e para a maternidade"<sup>10</sup>, uma liberdade fundamental, a verdade é que o contributo do artigo 168º do Código Penal, no domínio específico da procriação assistida, se esgota no reforço da ideia de que é indispensável o consentimento da mulher para que esta possa submetida a qualquer técnica de procriação assistida; ideia já contida no "direito de constituir família"<sup>11</sup>, consagrado pelo artigo 36º, nº1, da Constituição da República Portuguesa.

Quanto à Lei nº3/84, pronunciando-se unicamente sobre uma das possíveis técnicas de procriação medicamente assistida, nada mais faz do que atribuir uma tarefa ao Estado, sem qualquer calendarização e sem outra concretização que não seja aquela que decorre da ligação entre a técnica mencionada e o suprimento da esterilidade. Abstraindo da ilegalização da perigosa prática da inseminação artificial heteróloga com esperma fresco<sup>12</sup>, o Decreto-Lei nº316/86 não cumpriu os seus objectivos; procurando impor condições para a autorização dos actos exigidos pelas técnicas de procriação medicamente assistida, remeteu a definição de tais condições para um decreto regulamentar que nunca chegou a ser publicado. Por fim, também não foi até hoje publicada a legislação especial, a que alude o artigo 1º, nº1, da Lei nº12/93.

O exíguo quadro normativo em apreço faz de Portugal um dos raros países europeus que não dispõem de uma legislação sobre a generalidade da matéria da

---

<sup>10</sup>Cfr. ANABELA RODRIGUES, "Procriação artificial não consentida" (anotação ao artigo 168º), em *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, *Parte especial*, tomo I, *Artigos 131º a 201º*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp.501-503.

<sup>11</sup>O mesmo direito confere ao consentimento do homem o carácter de requisito essencial para a utilização do seu esperma em actos de procriação artificial, não obstante a falta de uma tipificação penal autónoma destinada a proteger a "liberdade (negativa) do homem de e para a paternidade". De qualquer maneira, a utilização abusiva de esperma, enquanto violação da liberdade pessoal do homem, é susceptível de configurar um crime de coacção, previsto e punido pelo artigo 154º do Código Penal (cfr. ANABELA RODRIGUES, "Procriação artificial não consentida" cit., pp.499-500).

<sup>12</sup>A existência dessa prática foi aliás invocada como argumento favorável a uma intervenção legislativa na área da procriação assistida. Cfr., nomeadamente, a própria exposição que antecede o Decreto-Lei nº316/86, na qual se sublinham os riscos da inseminação artificial heteróloga (v.g., transmissão da sida ou de doenças hereditárias); PRATAS FERREIRA, "Procriação artificial humana. Perspectiva médica. Situação em Portugal" (alocução proferida em 1987), *Revista Jurídica* nºs 11/12, Jan./Jun. 1989, p.45, que afirma: "O que se não pode admitir é o que hoje se passa entre nós. Sem qualquer lei que defenda os casais dos oportunistas e dos inconscientes. Arrepiam saber que em alguns consultórios médicos, clandestinamente, e sem a mínima garantia ética ou científica, se pratica, hoje, a IAD com esperma fresco, obtido de meia dúzia de indivíduos, escolhidos pela sua aparente saúde e boa compleição física, que vêm a Lisboa a pedido e periodicamente. Se têm ou não sida, o futuro o mostrará."

procriação assistida<sup>13</sup>. Todavia, a ausência de regulamentação não é forçosamente sinal de atraso ou ineficiência. Basta ver o caso dos Estados Unidos, onde praticamente não há regulamentação estatal da reprodução assistida. Aqui o "vácuo legislativo" baseia-se em três razões principais<sup>14</sup>: o reconhecimento de que a procriação assistida é um acto médico, associado ao princípio tradicional da regulação dos actos médicos pelos próprios profissionais do sector; a ideologia do livre-mercado, que leva a ver a medicina como uma oferta de serviços, à qual as pessoas aderem ou não, consoante os respectivos desejos e capacidades económicas; as dúvidas acerca da constitucionalidade da regulamentação estatal relativa ao aborto (no pressuposto de que a mulher e o médico são aqueles que estão em melhores condições para tomar uma decisão) e a conexão que se estabeleceu entre esta matéria e a da procriação assistida.

Não se pode dizer que razões análogas expliquem o actual vazio legislativo português: muitas vezes, são os próprios médicos a solicitar uma regulação estatal<sup>15</sup>; a aplicação da ideologia liberal na área da medicina não se coaduna bem com o direito social à protecção da saúde, consagrado pelo artigo 64º da Constituição da República Portuguesa; e, entre nós, o aborto está tipificado como crime. Mas os condicionalismos do modelo americano não são os únicos que conferem racionalidade a um cenário em que falte uma disciplina normativa estatal.

Na já clássica discussão sobre a conveniência ou a necessidade de legislar sobre a procriação medicamente assistida<sup>16</sup> detectamos alguns argumentos que não estão estreitamente ligados aos principais alicerces do abstencionismo norte-americano. Contra a existência de uma legislação sobre tal assunto, afirma-se que a mesma é inconveniente porque iria travar a evolução científica ou não obteria o consenso da comunidade. Ou

---

<sup>13</sup>Entre os quais já se não encontra a Itália, que, no início de 2004, aprovou a *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, intitulada "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", que foi publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.45, de 24 de Fevereiro de 2004, e entrou em vigor no dia 10 do mês seguinte.

<sup>14</sup>Cfr. GEORGE ANNAS, "The Shadowlands: The Regulation of Human Reproduction in the United States", em *Cross Currents (Family Law and Policy in the US and England)*, obra colectiva dirigida por Sanford Katz e outros, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, p.143 e s.

<sup>15</sup>Cfr., nomeadamente, a posição do CNECV (expressa no Parecer 23/CNECV/98, de 29 de Julho de 1997, II.1, que considerou oportuno um projecto de proposta de lei relativo à procriação medicamente assistida, por vir preencher um vazio legislativo; e no Parecer 44/CNECV/04, de 26 de Julho de 2004, consultado tal como o anterior em [www.cnecv.gov.pt](http://www.cnecv.gov.pt), que alude à "prolongada ausência da necessária e urgente legislação específica relativa à PMA"), sustentada pelos votos de vários médicos, e as afirmações de PRATAS FERREIRA, *supra*, na nota 12.

aponta-se a sua inutilidade porque seria rapidamente ultrapassada pela prática, pela evolução das técnicas de procriação. A favor de uma legislação geral sobre a procriação medicamente assistida, diz-se que a sua inexistência torna tudo o que é tecnicamente possível juridicamente admissível, o que é indesejável ou perigoso. Ou esclarece-se que a ausência de legislação não remete a problemática da procriação medicamente assistida para o domínio extrajurídico. Surgem problemas que exigem uma solução jurídica, havendo que lançar mão de processos de integração de lacunas. A ausência de uma legislação geral traduz-se afinal numa situação em que não é assegurada a aplicação uniforme do Direito aos casos concretos, o que cria incerteza e não é compatível com o princípio da igualdade.

Os motivos invocados em defesa da abstenção legislativa não parecem particularmente consistentes. Se é certo que uma lei pode restringir a curto prazo os avanços da investigação, a verdade é que uma regulamentação criteriosa pode contribuir para o prestígio de médicos e cientistas e evitar que se produzam circunstâncias que, sendo de tal forma condenadas pela opinião pública, propiciem o estabelecimento no futuro de proibições amplas<sup>17</sup>. Apesar do seu potencial polémico global, a matéria da procriação assistida contém aspectos que obtêm já algum consenso social<sup>18</sup> e que são passíveis de dar corpo a uma intervenção legislativa cuja legitimidade não seja muito contestada. Quanto à hipótese da rápida desactualização da disciplina legal, por força dos progressos científicos, trata-se de um risco cuja probabilidade de verificação depende, afinal de contas, da própria formulação legislativa; nomeadamente, são mais resistentes ao tempo os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os enunciados de princípios fundamentais.

---

<sup>16</sup>Sobre esta discussão, cfr., designadamente, GUILHERME DE OLIVEIRA, "Legislar sobre procriação assistida", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ano 127º, 1994-1995, nºs 3841/3842, p.98 e s.

<sup>17</sup>Cfr. DEECH, "The Legal Regulation of Infertility Treatment in Britain", em *Cross Currents* (obra colectiva citada, *supra*, na nota 14), p.165 e s., em especial p.186, que faz um balanço positivo da adopção pela Grã-Bretanha daquilo que considera ser o "sistema de regulação mais rigoroso do mundo".

<sup>18</sup>Cfr., a título de exemplo, GUILHERME DE OLIVEIRA, "Legislar sobre procriação assistida" cit., p.100, que se refere "à intenção de não criar, propositadamente, embriões excedentários; à limitação das utilizações do mesmo dador de esperma; ao controlo administrativo e sanitário das entidades que se dedicam à Procriação Assistida; à necessidade de se criar um registo especial das utilizações destas técnicas e dos nascimentos conseguidos".

No entanto, o arsenal argumentativo dos adversários da legiferação não se esgota assim. Entre nós, Fernando Araújo<sup>19</sup> considera que, em domínios como o da procriação assistida, o único caminho satisfatório é o de uma ponderação casuística; a generalidade das regras jurídicas torna-as insensíveis e impotentes para apreciar questões humanas "individualmente absorventes". Por minha parte, confesso que me custa a aceitar a ideia de que o Direito não tenha capacidade para enfrentar problemas concretos que se situam no âmago da condição humana. Quero acreditar que a normatividade jurídica não está, por natureza, confinada aos aspectos secundários da nossa vida.

A revisão constitucional de 1997 tomou partido nesta discussão. Desde então, como se lê no artigo 67º, nº2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa, incumbe ao Estado, para protecção da família, regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

Seja como for, até hoje, Portugal não dispõe de nenhuma regulamentação da procriação assistida. Apesar disso, tem-se tentado legislar, o que afasta o juízo de inconstitucionalidade por omissão. Em 1999, a Assembleia da República aprovou um Decreto que regulava as técnicas de procriação medicamente assistida e que se destinava a ser promulgado como lei<sup>20</sup>, mas o diploma foi vetado pelo Presidente da República<sup>21</sup>. Em Dezembro de 2004, estavam pendentes, na Assembleia da República, três projectos de lei sobre a mesma matéria<sup>22</sup> e havia referências na imprensa à iminente apresentação de um quarto projecto de lei (da autoria do PSD e do CDS/PP).

---

<sup>19</sup>FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 17, 166, 169 e s.

<sup>20</sup>Decreto nº415/VII, aprovado pela Assembleia da República em 17 de Junho de 1999 (com os votos a favor do PS e do CDS/PP; a abstenção do PSD e os votos contra do PCP e do Partido "Os Verdes") e publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, nº80, de 16 de Julho de 1999. O Decreto teve por base a proposta de lei nº 135/VII, que foi apresentada pelo Governo depois de ter sido aprovada em Conselho de Ministros no dia 30 de Julho de 1997.

<sup>21</sup>O veto presidencial ocorreu em 30 de Julho de 1999, tendo sido publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, nº82, de 3 de Agosto de 1999. O Presidente da República justificou o veto aludindo ao carácter demasiado controverso e conflitual das soluções preconizadas pelo Decreto nº415/VII nas áreas da fecundação *in vitro*, das técnicas de diagnóstico pré-implantatório, da investigação de embriões e da protecção do direito à privacidade.

<sup>22</sup>Projecto de lei nº90/IX, apresentado pelo PS e publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, nº29, de 7 de Outubro de 2002; Projecto de lei nº 371/IX, apresentado pelo Bloco de Esquerda e publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, nº12, de 5 de Novembro de 2003; Projecto de lei nº 512/IX, apresentado pelo PCP e publicado no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, nº16, de 18 de Novembro de 2004.

Deste modo, enquanto não for aprovada uma dessas iniciativas e, acrescente-se, promulgada, porque, como demonstra a experiência de 1999, estamos perante uma área que, pela sua delicadeza, não exclui a possibilidade do veto presidencial, o ordenamento português conta com algumas escassas disposições legais directamente aplicáveis à procriação medicamente assistida. Há, portanto, uma lacuna, uma imensa lacuna<sup>23</sup>, que tem de ser integrada.

Os processos de integração das lacunas da lei vêm previstos no artigo 10º do Código Civil: são a analogia e "a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema". Contudo, é reduzido o papel integrador da analogia neste campo: por um lado, as disposições sobre procriação medicamente assistida são raras, como se disse e, além disso, paira sobre elas a dúvida relativamente à sua excepcionalidade<sup>24</sup>, excepcionalidade que, uma vez firmada, obsta à aplicação analógica, por força do artigo 11º do Código Civil; por outro lado, a aplicação analógica das disposições não atinentes à procriação medicamente assistida embate, frequentemente, no carácter *sui generis* da realidade não disciplinada, ou seja, muitas vezes será pouco clara a detecção de uma semelhança juridicamente relevante entre um caso que está regulado, mas não é de procriação medicamente assistida, e um caso de procriação medicamente assistida que carece de regulamentação<sup>25</sup>. Entre os casos

---

<sup>23</sup>Uma *lacuna de expectativa*, segundo PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação" cit., p.352. De facto, a persistência da lacuna não pode ser dissociada do fundamento do veto mencionado, *supra*, na nota 21: depois de 1999, aspira-se a uma solução que obtenha um amplo consenso político, ético e técnico.

<sup>24</sup>Cfr., por exemplo, as dúvidas em torno do artigo 1839º, nº3, do Código Civil. PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação" cit., pp.356-357, entende que está em causa uma norma especial, no âmbito das regras de estabelecimento da filiação, admitindo a aplicação analógica do artigo às situações de maternidade heteróloga. Em contrapartida, TIAGO DUARTE, "*In vitro veritas?*" cit., p.70, considera o artigo 1839º, nº3, uma norma excepcional, por afastar a regra geral em matéria de estabelecimento de filiação, que é o critério biológico, acabando, conseqüentemente, por negar a aplicação analógica do preceito à dação de óvulos. Se tivermos em conta a extensão interpretativa que leva à detecção de um terceiro tipo de filiação (cfr., *supra*, nota 8), que é defendida também pelo último autor, a primeira orientação aparenta ser mais coerente. Se o biologismo não obstar ao reconhecimento de um terceiro tipo de paternidade, por que motivo há-de obstar ao reconhecimento de um terceiro tipo de maternidade (a maternidade da mulher receptora que consentiu na implantação do óvulo, que não é nem genética nem adoptiva)?

<sup>25</sup>A especificidade da matéria origina hesitações também quanto à aplicação analógica das escassas disposições sobre procriação medicamente assistida. Tomemos um exemplo de novo inspirado no artigo 1839º, nº3, do Código Civil: embora proponham a aplicação analógica do artigo quando, mediante o consentimento dos cônjuges, tiver sido implantado no cônjuge do sexo feminino um óvulo fecundado de outra mulher, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA (*Direito da Família*, pp.269 e 289) rejeitam a solução de GUILHERME DE OLIVEIRA (*Critério Jurídico da Paternidade*, reimpressão da ed. de 1983,

regulados e os casos não regulados tende a observar-se uma diferença tal que impede a verificação daquele que é um dos pressupostos da analogia, nos termos do nº2 do artigo 10º: a existência no caso omissis das razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

Sendo assim, o processo preferencial de integração de lacunas será o da norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

#### **4. Os princípios fundamentais de direito aplicáveis à matéria da procriação medicamente assistida**

A norma que o próprio intérprete criaria tem de ser conforme ao sistema, o que significa que se tem de basear nos princípios fundamentais inspiradores do sistema jurídico português. Sublinhe-se que estes princípios não são apenas relevantes no plano da integração da vasta lacuna da lei em matéria de procriação medicamente assistida, que hoje se observa. Mesmo que, em breve, entrasse em vigor um acto legislativo que procedesse a uma regulamentação geral da matéria, não deixaria de haver lacunas, até porque estamos numa área que se encontra em constante evolução. Mais: a própria validade do acto legislativo dependeria da sua conformidade com os princípios fundamentais constantes da Constituição. E, por fim, a interpretação da lei teria de ser feita de harmonia com tais princípios.

A relevância dos princípios fundamentais do direito, que é patente, não se esgota nos domínios da validade constitucional, da interpretação e da integração da lei. Esses princípios condicionam também a validade, a interpretação e a integração dos actos, negócios e contratos. A vasta lacuna legal que se verifica só aparentemente legitima uma afirmação incontrolada da autonomia privada.

O exercício da autonomia privada está balizado pelos princípios fundamentais do direito. Estes princípios penetram em conceitos indeterminados como, por exemplo, o de

---

Coimbra, Almedina, 2003, pp.355 e 356), que aplica, por analogia, o regime do mesmo preceito ao estabelecimento da paternidade de filho nascido de adultério da mulher consentido pelo marido (desde que o marido não tenha feito qualquer reserva contra uma fecundação possível). Nesta última hipótese, há também procriação heteróloga mas mediante acto sexual.

ordem pública, de bons costumes e de boa fé. Ora, os actos e negócios jurídicos são nulos se contrariarem a ordem pública ou os bons costumes, como resulta dos artigos 280º e 295º do Código Civil. As declarações negociais devem ser integradas de harmonia com os ditames da boa fé, nos termos do artigo 239º. E o princípio do aproveitamento do negócio jurídico, subjacente aos institutos da conversão e da redução, impõe uma interpretação que não ponha em perigo a validade do negócio, por desconformidade com a ordem pública, com os bons costumes ou com a boa fé.

Mas quais são os princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à procriação medicamente assistida? Eles são sobretudo princípios do Direito da Personalidade e do Direito da Família, expressamente constitucionalizados ou não.

O primeiro desses princípios é mencionado expressamente no artigo 67º, nº2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa. Ao Estado incumbe regulamentar a procriação assistida, mas em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do artigo 1º da Constituição, volta a ser invocado no artigo 26º, nº3, da lei fundamental, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio decorre que a pessoa deve ser tratada *como pessoa*, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem uma importância cimeira, influenciando na delimitação de outros princípios, interesses e direitos, em que se incluem o direito à investigação científica, consagrado no artigo 42º da Constituição da República Portuguesa, e o direito de constituir família, previsto no artigo 36º, nº1, da Constituição.

Vejamos justamente o direito de constituir família em condições de plena igualdade. O direito de constituir família abarca o direito de procriar e o direito de estabelecer a filiação<sup>26</sup>. O direito de procriar<sup>27</sup> compreende o direito de procriar em

---

<sup>26</sup>Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Aspectos jurídicos da procriação assistida" cit., p.768.

<sup>27</sup>Mostra-se reticente quanto à existência de um direito fundamental à procriação, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida* cit., pp.19-21. Começando por declarar que "a liberdade de procriar é um interesse muito relevante", o ilustre académico sustenta, porém, que a utilização da "linguagem dos direitos" pode

sentido estrito e o de não procriar. O direito de procriar em sentido estrito está sujeito a limites intrínsecos e a limites extrínsecos. Os limites intrínsecos do direito de procriar correspondem ao fim do direito, que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito de procriar é concedido para a constituição de um grupo familiar, composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança<sup>28</sup>, como decorre da Constituição da República Portuguesa e da legislação ordinária de Direito da Família. Que o interesse mais ponderoso é o da criança percebe-se no artigo 36º, n.ºs 5, 6 e 7, da Constituição, quando se atribui aos pais não só o direito mas também o dever de educação e manutenção dos filhos, quando se admite que os filhos sejam separados dos pais se estes não cumprirem os seus deveres fundamentais e quando se protege a adopção. Que o interesse mais ponderoso é o da criança percebe-se quando o artigo 67º, n.º2, alínea d), da mesma lei básica, estabelece como incumbência do Estado garantir o direito ao planeamento familiar, de forma a permitir o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes. Que o interesse mais ponderoso é o da criança percebe-se quando o artigo 69º, n.º1, da Constituição reconhece às crianças o direito à protecção da sociedade e do Estado contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família. E no n.º2, desse artigo ainda, determina-se que o Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

A disciplina constitucional projecta-se na legislação ordinária de Direito da Filiação: o artigo 1878º do Código Civil determina que o poder paternal é exercido no interesse dos filhos; o artigo 1974º estabelece que a adopção tem como finalidade "o interesse superior da criança". Na lógica do "interesse superior da criança" se insere a tendencial biparentalidade que anima o Direito da Filiação: na perspectiva do legislador, o ideal é que a criança tenha um pai e uma mãe; desta forma se compreende a averiguação oficiosa da paternidade ou da maternidade, a regra do exercício conjunto do poder paternal ou a preferência pela adopção plena conjunta em detrimento da adopção

---

suscitar questões melindrosas, contribuindo para uma cultura de irresponsabilidade no campo da decisão reprodutiva. Todavia, o autor não ignora a proibição da esterilização forçada, que, inevitavelmente, comprova a presença de um direito de procriar. Supomos que, no fundo, não pretende negar o direito mas sim o seu carácter irrestrito.

plena singular (veja-se a diferença de requisitos quanto à idade do adoptante, no artigo 1979º).

E além dos limites intrínsecos, o direito de procriar enfrenta limites extrínsecos, v.g., o direito de não procriar da outra pessoa que eventualmente forme um casal com a pessoa que pretenda procriar<sup>29</sup>.

Relativamente ao direito de estabelecer a filiação, este traduz-se no direito de ver reconhecido juridicamente o parentesco, de ver reconhecida juridicamente a qualidade de pai ou de filho de certa pessoa. O nosso sistema de estabelecimento da filiação baseia-se na procriação decorrente da prática de acto sexual. Mas, em certas situações, que são circunscritas, admite-se o estabelecimento da filiação sem que tenha havido procriação por acto sexual. Contudo, nestas situações, exige-se uma declaração de vontade da pessoa que virá a ser juridicamente o progenitor. É o que acontece no caso de procriação através de inseminação artificial: o marido da pessoa inseminada só será juridicamente o pai da criança resultante da utilização da técnica de procriação assistida se tiver consentido na inseminação da mulher. Isto à luz do artigo 1839º, nº3, do Código Civil. E, além do artigo 1839º, nº3, encontramos outra situação de filiação constituída por declaração de vontade: a filiação adoptiva, que pressupõe a vontade de adoptar do candidato a adoptante. Por conseguinte, podemos identificar um princípio fundamental, em matéria de estabelecimento da filiação — a declaração de vontade do candidato a progenitor é um elemento mínimo, indispensável, do estabelecimento da filiação que se não baseie na prática de um acto sexual<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup>Portanto, o direito de procriar não implica o "direito de ter uma criança". Como frisa DEECH, "The Legal Regulation" cit., p.172, there is no «right to a baby», even though this is sometimes taken up by the media when there is a heart-rending case".

<sup>29</sup>Múltiplos limites extrínsecos são configuráveis. Cfr., nomeadamente, o caso *Gerber v. Hickman*, 264 F.3d 882 (9th Cir.2001), referido por WADLINGTON/O'BRIEN, *Cases and Materials. Domestic Relations*, 5ª ed., New York, Foundation Press, 2002, pp.706-707: um homem que cumpria uma pena de prisão pretendia enviar, por correio, esperma destinado a ser utilizado na inseminação artificial homóloga da mulher; a U.S. Court of Appeals reconheceu que o direito de procriar subsiste durante o período de encarceramento, mas considerou que esse direito está sujeito a uma restrição baseada em "interesses penais legítimos".

<sup>30</sup>É frontalmente contrário a esta ideia FRANCISCO AGUILAR, "O princípio da dignidade da pessoa humana" cit., p.665, que atribui exclusividade ao critério biológico na determinação da filiação natural: "Isto porque o critério complementar que estaria em causa — o «volitivo» — ao fazer depender a paternidade/maternidade natural da existência de um «projecto de paternidade/maternidade» conduziria a resultados inaceitáveis. Não só não explicaria o facto de na procriação «não» medicamente assistida o critério da filiação não se encontrar dependente da vontade dos progenitores, como principalmente, faltando esse elemento volitivo, negar-se-ia, *ope legis* e *ab initio* a maternidade e/ou paternidade jurídicas."

E, para concluir esta digressão sobre os princípios fundamentais aplicáveis à procriação medicamente assistida, importa aludir ao direito à identidade pessoal, que é reconhecido pelo artigo 26º, nº1, da Constituição da República Portuguesa, e à garantia da identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica, que vem consagrada no nº3 do artigo 26º. Há, assim, um direito à identidade pessoal e à identidade genética, de que necessariamente beneficia o filho nascido, na sequência do uso de uma técnica de procriação medicamente assistida.

É com base nestes princípios que iremos enfrentar agora, sucintamente, um conjunto de questões que estão longe de ser pacíficas ou fáceis.

## **5. Motivos legítimos de recurso à procriação medicamente assistida**

Levanta alguma polémica a problemática das condições de admissibilidade da procriação medicamente assistida. Será aceitável o recurso à procriação assistida por uma pessoa que alegue, pura e simplesmente, que quer ter um filho sem ter que manter relações sexuais com quem quer seja? É admissível o recurso à procriação assistida para se conseguir escolher o sexo, a cor dos olhos ou outras características da criança?

Os princípios do nosso sistema de filiação impõem a subsidiariedade das técnicas de procriação medicamente assistida. Em regra, o estabelecimento da filiação assenta na prática do acto sexual. Só em certos casos é que a filiação é independente do acto sexual. Não há um direito a escolher livremente entre a procriação mediante acto sexual e a procriação assistida. Não se suponha, porém, que a subsidiariedade é imposta por razões

---

Contudo, o elemento volitivo só produziria realmente resultados inaceitáveis se fosse o critério principal ou exclusivo na determinação da filiação natural. Não é assim, como se extrai do texto principal. No plano da filiação não adoptiva, o consentimento releva no domínio da procriação medicamente assistida e mesmo aqui sem assumir carácter absolutamente decisivo. Seja como for, o artigo 1839º, nº3, é inexplicável mediante um apelo estrito ao critério biológico, até na tese que o reconduz a uma mera proibição do *venire contra factum proprium*. Nesta orientação, o cônjuge que consentiu na inseminação artificial heteróloga da mulher será juridicamente o pai, desde que o filho originado pela inseminação não venha a impugnar a paternidade. Há, portanto, uma hipótese de filiação não adoptiva, sem que haja uma transferência genética. Só porque o cônjuge da mãe consentiu na inseminação (sendo, a partir de certa altura, inadmissível, porque abusiva, a revogação do consentimento) e porque o filho resultante da inseminação não manifesta vontade de afastar a paternidade daquele...

de mera coerência interna do sistema legal de estabelecimento da filiação. O princípio da dignidade da pessoa humana, adverso à instrumentalização do ser humano e da sua faculdade reprodutiva, opõe-se à utilização da procriação assistida como um processo normal, incondicionalmente alternativo à procriação através de relações sexuais. Uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da "indústria da procriação" ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças<sup>31</sup>. O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações de esterilidade.

Quanto à segunda questão, ela está expressamente resolvida na nossa ordem jurídica quando se trata da escolha do sexo. O artigo 14º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina<sup>32</sup> exclui a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Entre tais doenças destaca-se a hemofilia, que é transmitida pela mãe apenas a crianças do sexo masculino. Esta solução, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, adequa-se também à hipótese de estarem em causa outras características da criança<sup>33</sup>. Não é admissível a utilização de técnicas de procriação assistida para conseguir determinadas características do nascituro, a não ser com o objectivo de evitar a probabilidade elevada de doenças genéticas ligadas a características diversas. A escolha de características, sem rigorosa justificação médica, abre a porta à livre-selecção genética e ao tratamento das crianças como bens de consumo.

---

<sup>31</sup>Cfr. Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04 cit., nº s 3.3.1. e 3.3.2., onde se alude também a motivos de saúde pública: "A publicação de estudos recentes, advertindo para a possibilidade de incidências negativas graves decorrentes da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida na saúde dos nascituros, justifica o confinamento da respectiva utilização."

<sup>32</sup>A Convenção, que foi adoptada pelo Conselho da Europa em 4 de Abril de 1997 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº1/2001, de 3 de Janeiro, entrou em vigor, no ordenamento jurídico português, em 1 de Dezembro de 2001.

<sup>33</sup>Sem prejuízo de poder haver motivos específicos, acrescidos, para a proibição da selecção do sexo, *v.g.*, "o perigo de reforço dos estereótipos sexuais com desvantagem para as mulheres" (um dos fundamentos para a tendencial proibição que foram invocados pela Human Fertilization and Embryology Authority, na Grã-Bretanha: cfr. DEECH, "The Legal Regulation " cit., p.178). Curiosamente, em Espanha, os casos judiciais mais conhecidos de tentativa de escolha do sexo, sem motivação estritamente médica, versaram

Desta forma se desenha uma tomada de posição quanto a outro assunto controverso. O carácter subsidiário da procriação assistida não impede o seu uso para evitar o aparecimento e desenvolvimento de anomalias genéticas. Nem me parece que haja obstáculos, entre nós, ao uso da procriação assistida para evitar a transmissão do vírus de doenças graves, como é o caso da sida<sup>34</sup>. Confesso que não vejo em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana e o "interesse superior da criança" justifiquem a alternativa entre a não procriação ou uma procriação segundo técnica que comporte risco elevado de saúde para o filho e que não consigo vislumbrar uma razão que leve a favorecer os que não podem conceber através do acto sexual em detrimento dos que o podem fazer com riscos elevados para a saúde do nascituro. Tenho, portanto, dificuldade em aceitar uma visão que atribua, *a priori*, à procriação assistida uma natureza ultra-subsidiária: a esterilidade não deve ser o único motivo legítimo de recurso à procriação medicamente assistida.

## 6. Os beneficiários do acesso à procriação assistida

Outra área de polémica é a dos beneficiários do acesso à procriação assistida: Pode ser uma pessoa só ou tem de ser um casal? Pode ser um casal homossexual ou tem de ser um casal heterossexual?

---

situações em que a mãe pretendia ter uma filha e não um filho (cfr. TIAGO DUARTE, "*In vitro veritas?*" cit., p.83).

<sup>34</sup>O nascimento de filhos de pais seropositivos, sem o HIV, é assegurado através da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), que foram previamente separados do líquido seminal (onde pode estar o HIV) através da chamada "lavagem de esperma".

Sobre a utilização da procriação assistida para alcançar a gestação sem o perigo de contágio com o HIV, cfr., no entanto, o Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04 cit., nº 3.3.5, onde se lê que "pode ser reprovável, da perspectiva dos interesses do nascituro, a procriação assistida com risco de orfandade precoce ou a programação livre da vinda de um filho com pais doentes. Visa-se evitar que o filho seja privado logo à nascença dos benefícios de que dispõem as crianças com progenitores saudáveis". É claro que a questão tem de ser apreciada tendo em conta as circunstâncias concretas — ninguém é imortal nem completamente são e a seropositividade não acarreta forçosamente a morte próxima do portador do HIV. Por isso, o Parecer a que está anexo o Relatório, depois de declarar que as técnicas de procriação medicamente assistida devem ser utilizadas em situações de infertilidade/esterilidade (nº2), considera que, excepcionalmente e mediante autorização de uma entidade independente (a criar), as técnicas poderão ser usadas com vista à "prevenção da transmissão de doenças graves de origem genética ou outra" (nº4).

No sentido do acesso das mulheres sós à procriação assistida, diz-se que o direito de procriar é reconhecido a todos e não somente àqueles que são casados ou vivem em união de facto<sup>35</sup>, que a lei prevê a adopção singular e que existem famílias monoparentais. Mas os argumentos não são muito convincentes<sup>36</sup>. Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, é compreensível que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura "um ambiente familiar normal". A monoparentalidade não se enquadra na "normalidade" do ambiente familiar que constitui um ideal constitucional para a infância (cfr. artigo 69º, nº2, da Constituição da República Portuguesa)<sup>37</sup>. Mal ou bem<sup>38</sup>, a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime do estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição do vínculo da adopção plena e do exercício do poder paternal. É exacto que há famílias monoparentais e que a lei até permite a sua formação por sentença de adopção. No entanto, isto não legitima o acesso de uma pessoa só à procriação assistida. Como já se demonstrou, o modelo familiar tido como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois progenitores. E a possibilidade de adopção singular não se opõe a tal conclusão, porque se detecta uma diferença importante entre a adopção e a procriação assistida<sup>39</sup>. No momento de decidir acerca da constituição do vínculo adoptivo, estamos perante uma criança que existe e que carece de progenitores; se ela não pode ter dois, que tenha, pelo menos, um. No momento de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe; deste modo, custa a aceitar que se afectem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que

---

<sup>35</sup>Cfr., nomeadamente, A. LOPES CARDOSO, "Procriação humana assistida: alguns aspectos jurídicos", *Revista da Ordem dos Advogados* nº 51, Abril de 1991, p. 10, que entende que a proibição da inseminação da mulher não casada é pouco compatível com "liberdades individuais basilares como são as da liberdade sexual ou de transmissão da vida".

<sup>36</sup>Cfr., em especial, a réplica de TERRÉ/FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1996, pp.798-799.

<sup>37</sup>Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal* cit., pp.75-76.

<sup>38</sup>Cfr. DEECH, "The Legal Regulation" cit., p.172: vários estudos têm mostrado que não é pior a educação das crianças criadas por mulheres sós ou lésbicas.

<sup>39</sup>Cfr. LUÍS AZEVEDO, "O Direito da procriação entre a ordem e o caos", *Revista do Ministério Público*, nº 90, Abril/Junho de 2002, p.100: sustentando que o direito à procriação é um direito de exercício necessariamente compartilhado, o autor afirma que não é correcto invocar a adopção para contrariar esta tese, uma vez que aquela é um *remédio jurídico*.

se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que se não cingem ao problema da mono- ou biparentalidade, com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um progenitor efectivo.

O acesso à procriação assistida está, pois, reservado aos casais. Mas terão de ser casais heterossexuais? Aos homossexuais não é negado o direito de procriar e o artigo 13º, nº2, da Constituição da República Portuguesa, veda a discriminação em razão da orientação sexual. No entanto, o direito de procriar apresenta uma dimensão funcional superior à de um direito subjectivo comum. Há que considerar o interesse da criança que irá nascer. Actualmente, a homossexualidade já não escandaliza profundamente a maioria da sociedade. Todavia, continua a ser uma orientação minoritária que ainda não é tida como "normal". A ideia, por exemplo, de um casal de lésbicas com um filho causa estranheza. Na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal "mais padronizado", óptica que é constitucionalmente apoiada, por força da conexão que o artigo 69º, nº2, da nossa lei fundamental estabelece entre interesse da criança e "ambiente familiar normal". Deparamos, aliás, com dados bastante concretos do sistema que impõem presentemente uma exclusão do acesso dos casais homossexuais à procriação assistida: o estabelecimento legal da filiação baseia-se na biparentalidade biológica, que é heterossexual; e aos homossexuais não é concedida a faculdade de adopção conjunta (interpretação *a contrario sensu* do artigo 7º da Lei nº7/2001, de 11/5), aspecto especialmente revelador em virtude de ser nítida a necessidade de os requisitos da procriação assistida serem mais rigorosos do que os da adopção.

Contudo, o pressuposto do maior nível de exigência quanto às condições da procriação assistida suscita dúvidas quanto à situação de certos casais que gozam da faculdade de adopção conjunta. Embora seja reconhecido o direito de adopção conjunta às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de dois anos (cfr. artigo 7º da Lei nº7/2001, de 11/5), não será de concluir pela inadmissibilidade do acesso de quaisquer uniões de facto heterossexuais às técnicas de reprodução medicamente assistida? Afinal, a união de facto não é uma relação jurídica familiar nem se caracteriza pela tendencial perenidade<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup>Cfr. o ponto nº6 do Parecer nº44/CNECV/04 e a parte VII da Declaração de voto do Conselheiro J. P. Ramos Ascensão. O ilustre jurista contesta a inclusão, que é feita pelo Parecer, dos casais heterossexuais

É verdade que a união de facto é uma relação parafamiliar<sup>41</sup> e que se dissolve por vontade de um dos seus membros (artigo 8º da Lei nº7/2001, de 11/5), independentemente de qualquer intervenção estatal. Todavia, o que importa é que a criança venha a encontrar um "ambiente familiar normal". Se não há uma relação jurídica familiar entre os membros da união de facto, ninguém contesta o carácter jusfamiliar da relação que liga o filho a cada um dos progenitores que vivem em união de facto. E socialmente, pelo prisma estrito da filiação, não se faz distinção entre um casal unido pelo matrimónio com filhos e um casal heterossexual não unido pelo matrimónio com filhos. Se a união de facto se não caracteriza juridicamente pela tendencial perenidade, isto não significa que se trate de uma união sociologicamente mais instável que a união conjugal; além disso, a união de facto genericamente protegida pela lei é a que dura há mais de dois anos, aquela cujo passado sugere uma expectativa de continuidade. Na perspectiva da tutela da criança, a estabilidade almejada é a do *lar*, a que se baseia numa comunhão real, num relacionamento afectivo, e não a que decorre da dificuldade de extinção de um vínculo jurídico preexistente entre dois progenitores.

Em suma, o círculo de beneficiários do acesso à procriação assistida é composto por pessoas casadas ou pessoas que, sendo de sexo diferente, vivam em união de facto. No entanto, uma união heterossexual não é suficiente. A decisão de procriar reveste-se de um alcance que não está aquém da decisão de adoptar plenamente. Por isso, defendemos que, no mínimo, os requisitos formulados na adopção plena, quanto aos adoptantes, e destinados assegurar a realização do superior interesse da criança, são aplicáveis ao acesso à procriação assistida, quanto aos beneficiários. Ou seja, a união heterossexual,

---

que vivam em união de facto entre os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, apontando duas principais ordens de motivos: por um lado, o critério da protecção da família deve presidir às opções político-legislativas no domínio da procriação assistida e a união de facto, ao contrário do casamento, não constitui uma relação familiar; por outro lado, a união de facto é mais instável do que a união conjugal, revelando-se menos apta a satisfazer o direito da criança a um "ambiente familiar normal".

<sup>41</sup>O elemento da coabitação torna a união de facto semelhante à união conjugal. Mas a comunhão de vida só é objecto de um dever jurídico no casamento. Acresce que a união de facto não apresenta traços que estão presentes nas relações familiares nominadas independentes dos laços de sangue nem características que são comuns a todas as relações familiares nominadas. A constituição das relações familiares nominadas independentes do sangue, como a união conjugal e o vínculo de adopção, exige a intervenção de uma autoridade estatal ou equivalente (conservador do registo civil, ministro do culto, juiz). E a extinção dessas e das demais relações familiares nominadas não ocorre com a simples manifestação de vontade de uma das partes; é imprescindível um acto estatal ou equivalente (despacho de homologação do conservador do registo civil, sentença de um tribunal judicial ou eclesiástico).

matrimonial ou de facto, tem de durar há mais de 4 anos (cfr. artigo 1979º, nº1, do Código Civil, e artigo 7º da Lei nº7/2001, de 11/5).

## 7. A admissibilidade dos processos heterólogos

O artigo 4º, nº3, da recente lei italiana sobre procriação assistida<sup>42</sup>, veda o recurso aos processos heterólogos, aderindo a uma concepção absoluta do biologismo em matéria de estabelecimento da filiação, com adeptos em Portugal<sup>43</sup>. Contudo, o biologismo não é um valor absoluto<sup>44</sup>, como é comprovado, entre nós, pelo artigo 1839º, nº3, do Código Civil, pela consagração do instituto da adopção plena e pela sujeição das acções relativas à filiação a prazos de caducidade.

Várias vezes<sup>45</sup> se têm insurgido contra a procriação com gâmetas de terceiros, explicando que ela implica uma quebra da unidade procriativa do casal, uma interferência de terceiro, do dador, patente na existência da própria criança, que acabaria por destruir a relação do casal. Seguindo esta linha de pensamento, os processos heterólogos violariam o princípio constitucional da protecção da família. Será exactamente assim? O mencionado efeito negativo da procriação de tipo heterólogo não é inevitável, varia de caso para caso. É até a exclusão total dos processos heterólogos que é susceptível de contribuir para a desagregação do casal, na medida em que se nega o exercício do direito de procriar ao membro do casal (que pode fazê-lo, com gâmetas próprios) enquanto estiver unido ao outro. Para mais, registam-se previsões legais de "biointerferência" de terceiro na família. Veja-se, a propósito, o famoso artigo 1839º, nº3, a regulamentação da adopção singular do filho do cônjuge (que, a nível dos requisitos, é favorecida perante outras espécies de adopção: cfr. artigo 1979º, nºs 2 e 5, e artigo 1992º, nº2, ambos do

---

<sup>42</sup>Cfr., *supra*, nota 13.

<sup>43</sup>Cfr. FRANCISCO AGUILAR, "O princípio da dignidade da pessoa humana" cit., pp. 706-708: o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o biologismo como elemento exclusivo de determinação de toda a filiação natural, impedindo a dação de gâmetas destinada à inseminação ou fertilização *in vitro* heterólogas.

<sup>44</sup>Cfr. ALICE FEITEIRA, "Princípios informadores do estabelecimento da filiação no Direito da Família", em Fazenda Martins e outros, *Temas de Direito da Filiação*, Lisboa, AAFDL, 1994, p.243 e s.

<sup>45</sup>Cfr., nomeadamente, no Parecer 44/CNECV/04, as declarações de voto dos Conselheiros Daniel Serrão, Jorge Biscaia, J. P. Ramos Ascensão, Marta Mendonça e Michel Renaud.

Código Civil) e, sobretudo, a possibilidade de o filho de apenas um dos cônjuges, concebido na constância do matrimónio, viver no lar conjugal (cfr. artigo 1883º do Código Civil). Nestas hipóteses tão diversas, em que se afigura violento um juízo de desconformidade constitucional, o que se observa é somente a imposição do consentimento (do cônjuge que não seja o progenitor biológico) como condição da "biointerferência".

No entanto, há, é verdade, um ideal de coincidência entre a biologia e a filiação, que se vislumbra, por exemplo, na aproximação entre filiação não adoptiva e os laços de sangue (artigo 1586º do Código Civil) ou quando se permite o uso dos exames de sangue como meios de prova nas acções relativas à filiação (artigo 1801º). Isto aponta para o carácter subsidiário dos processos heterólogos no que toca aos processos homólogos: a utilização daqueles só deve ser permitida quando a procriação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro.

A admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita, porém, dois problemas: o da contrapartida económica da dação de espermias, ovócitos e embriões, e o do anonimato do dador.

No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação<sup>46</sup>.

No que toca ao anonimato do dador, parece-nos seguro que o mesmo não pode ser absoluto. É preciso garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnica heteróloga de procriação medicamente assistida não venha, futuramente, a casar com a pessoa que fez a dação ou com os descendentes do dador. Há um forte interesse público contrário ao casamento consanguíneo. Neste sentido, registre-se o disposto nos artigos 1603º e 1986º, nº1, do Código Civil. A identidade do dador deve ser conhecida no âmbito do processo preliminar de publicações.

Mas será que o dador deve beneficiar de um segredo de identidade oponível aos beneficiários da procriação e à pessoa nascida graças à dádiva? Por vezes, responde-se

---

<sup>46</sup>Diferentemente, A. LOPES CARDOSO, "Procriação humana assistida" cit., pp.17-18, que, *de iure condito*, se pronuncia pela validade do estabelecimento de um preço pela dádiva de esperma, à luz do artigo 281º do Código Civil, alegando que o fim do negócio seria contrário à ordem pública e aos bons costumes

afirmativamente, com o argumento de que, sem o anonimato, haveria uma redução do número de dadores de gâmetas ou de que o conhecimento da identidade do dador, por parte da pessoa nascida graças à dação, acabaria por prejudicar a relação de filiação legalmente estabelecida. Abstraindo do impacto que a identificação dos dadores tenha sobre o universo de dádivas, supomos que é constitucionalmente muito duvidosa a defesa do anonimato do dador<sup>47</sup>. A pessoa nascida graças à dação tem direito à sua identidade pessoal genética. Nesse direito cabe, parece-nos, o direito de conhecer a pessoa que lhe transmitiu os genes. Quanto ao argumento da eventual lesão da relação afectiva existente entre o filho e os pais jurídicos, convém ter presente que, como escreve certo autor<sup>48</sup>, não é bom que uma relação de filiação se baseie numa mentira, num segredo ou numa ocultação.

## **8. A admissibilidade da maternidade de substituição**

Na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe. Em certos casos, a mãe de gestação é inseminada artificialmente com espermatozóides do elemento masculino do casal de recepção. Em alguns casos, dá-se a transferência, para o útero ou para as trompas, da mãe de gestação, de um óvulo ou de um embrião resultante da fertilização *in vitro* dos gâmetas do casal de recepção.

O tratamento jurídico do contrato de gestação varia de Estado para Estado. A título de exemplo, a situação nos Estados Unidos em Dezembro de 2000 era a seguinte: cerca de metade dos Estados tinham legislação ou regra do precedente sobre o assunto; no seio destes, cerca de metade permitia o contrato de gestação, enquanto os restantes o proibiam; e alguns dos Estados que acolhiam a validade do contrato afastavam a

---

somente quanto ao dador. Mas é a comercialização de células reprodutoras humanas em si mesma que ofende a ordem pública, pelo que a dação onerosa de gâmetas será nula, nos termos do artigo 280º, nº2.

<sup>47</sup>Cfr., entre outros, PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal* cit., pp.73-74, que, peremptoriamente, considera inconstitucional qualquer regra de anonimato do dador do material genético.

<sup>48</sup>TIAGO DUARTE, "*In vitro veritas?*" cit., p.48.

possibilidade de ser atribuída uma compensação de qualquer tipo à mãe de gestação. Aludindo a este panorama, o artigo 8 do *Uniform Parentage Act* norte-americano opta pela solução da admissibilidade do contrato de gestação, mas faz depender a vinculatividade do acordo de uma homologação judicial, estabelecendo um paralelo com o processo de adopção; ao contrato de gestação não homologado é negada relevância na determinação da filiação, sem prejuízo de os pais de recepção poderem ser responsabilizados pelo sustento da criança nascida na sequência do parto da mãe de substituição.

Entre nós, é nítida a repulsa pelo contrato de gestação a título oneroso<sup>49</sup>. De facto, tal contrato é nulo, nos termos do artigo 280º, nº1, do Código Civil, por violar claramente um princípio de ordem pública. A gestação e entrega do filho, a troco de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a uma mercadoria.

O contrato de gestação a título gratuito não enfrenta o mesmo grau de oposição. A exclusão de uma contrapartida económica para a mãe de gestação, que revela o altruísmo da sua atitude, leva os autores a defenderem a plena validade do contrato nos casos em que a mãe de recepção seja também a mãe genética, por não haver colisão com aquele que seria o critério exclusivo ou predominante de estabelecimento da filiação (o critério biológico)<sup>50</sup>; ou a pugnar, ainda que *de lege ferenda*, pela validade de todos os contratos de gestação a título gratuito, de forma a que se evite uma discriminação dos casais compostos por mulheres impossibilitadas de levar a cabo uma gestação com sucesso, que não poderiam ter filhos, perante os casais inférteis, que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de procriação assistida<sup>51</sup>.

Não obstante a menor censura moral que enfrentam os contratos gratuitos de gestação por conta de outrem ou até a simpatia pública de que por vezes gozam, um

---

<sup>49</sup>Cfr., nomeadamente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p.17 e s.; SOUSA DINIS, "Procriação assistida: questões jurídicas", *Colectânea de Jurisprudência* 1993/4, p.12. Noutro sentido, cfr. FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida* cit., p. 29 e s. , que aduz argumentos relativizadores da proibição do "aluguer do útero".

<sup>50</sup>Cfr. FRANCISCO AGUILAR, "O princípio da dignidade da pessoa humana" cit., p.682 e s.; TIAGO DUARTE, "In vitro veritas?" cit., p.86 e s.

<sup>51</sup>Cfr. SOUSA DINIS, "Procriação assistida" cit., pp.12-13.

ilustre cultor do Direito da Filiação<sup>52</sup> pronuncia-se pela sua invalidade, apresentando fundamentalmente as duas seguintes razões: ao estipularem a entrega (de facto e de direito) da criança que venha a nascer a alguém que não é a mãe de gestação, tais contratos são nulos, ao abrigo do disposto no artigo 280º, nº1, do Código Civil, porque violam o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores, que é um dos princípios básicos da regulamentação dos estados de família; além disso, o consentimento da mãe de gestação quanto à entrega da criança, sendo prestado antes da concepção, ofende o artigo 1982º, nº3, do Código Civil (que prevê que o consentimento para a adopção só pode ser dado pela mãe do adoptando decorridas seis semanas após o parto), aplicável analogicamente, o que torna nulo o consentimento estruturante do contrato de gestação, por força do artigo 294º do mesmo diploma.

Salvo o devido respeito, os dois motivos apontados não são decisivos: na eventualidade de coincidência entre a mãe genética e a mãe de recepção, é discutível quer a existência de uma violação das regras legais de regulação do destino dos menores, dado o predomínio do critério biológico no estabelecimento da filiação (que, por isso, tende a orientar a definição da titularidade dos direitos e deveres paternos), quer uma aplicação análoga do regime da prestação do consentimento da mãe do adoptando à prestação do consentimento da mãe de gestação, já que o regime da adopção pressupõe que os adoptantes não sejam também progenitores biológicos...

Seja como for, o contrato de gestação a título gratuito não deixa de ser sempre nulo, nos termos do artigo 280º, nº1, do Código Civil, mas por violar princípios da ordem pública em matéria de Direito da Personalidade, uma vez que esse contrato impõe a uma das partes que ela suporte "uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher"<sup>53</sup>. Há uma intensa instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa venha a receber um filho. Apesar disso, nada impede que a mãe de substituição, desde que seja mãe jurídica da criança<sup>54</sup>, decida livremente dá-la em

---

<sup>52</sup>Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma (duas)* cit., p.60 e s. Com base em razões semelhantes, SOUSA DINIS, "Procriação assistida" cit., pp.13, aceita, *de iure condito*, a proibição dos contratos de gestação gratuitos.

<sup>53</sup>É o que escreve PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação" cit., p.358.

<sup>54</sup>Cfr., *infra*, nº11 do presente artigo.

adopção à mãe de recepção, prestando o consentimento adequado para o efeito depois de decorridas seis semanas após o parto<sup>55</sup>.

## **9. A admissibilidade da procriação assistida *post mortem***

Será permitida, à luz do nosso ordenamento, a inseminação artificial ou a fecundação *in vitro*, em benefício de uma mulher, mediante o uso de espermatozoides do outro membro do casal, entretanto falecido? À primeira vista, a resposta deve ser negativa, tendo em conta a biparentalidade tendencial, não meramente genética, que funda o nosso sistema de filiação, e que obsta, aliás, ao acesso à procriação das pessoas que não estejam casadas nem vivam em união de facto. A programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores<sup>56</sup> — interesse, indevidamente privilegiado, que tanto poderá ser o do defunto (desejo de imortalidade ou vontade de resolver problemas sucessórios) como o do membro sobrevivente do casal (tentativa de obter consolo ou evitar a solidão).

## **10. O destino dos embriões excedentários**

---

<sup>55</sup>Cfr. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp.226-227, nota 466.

Para ser decretada a adopção, terão de ser observados todos os requisitos do instituto. O resultado da posição ora assumida não é idêntico ao que decorre do artigo 8 do Acto Uniforme de Filiação norte-americano. Embora se preveja a necessidade da homologação judicial do contrato de gestação ser requerida por todas as partes do contrato e de o respectivo processo ser, em regra, instruído por um parecer técnico, no qual se conclua que os pais de recepção preenchem os *standards* exigidos para os pais adoptivos, o Acto Uniforme determina que o referido requerimento seja apresentado antes do parto, que a denúncia do contrato pela mãe de substituição é irrelevante após o parto e que o tribunal possa dispensar a junção do mencionado parecer.

<sup>56</sup>Cfr. LUÍS AZEVEDO, "O Direito da procriação entre a ordem e o caos" cit., p.100; TERRÉ/FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 803.

A fertilização *in vitro* produz um efeito colateral negativo: a criação de embriões que excedem o número daqueles que clinicamente podem ser implantados numa mulher ou daqueles que o casal aceita que venham a ser transferidos para o útero ou para as trompas da mulher. Surge assim uma questão eticamente muito sensível, que para alguns<sup>57</sup> ilustra o carácter indesejável da utilização desta categoria de técnicas. Qual o destino a dar aos embriões excedentários? Devem ser conservados para serem usados pelo casal originariamente beneficiário ou por outro casal? Devem ser destruídos, mantidos indefinidamente num estado de criopreservação<sup>58</sup> ou utilizados para fins de investigação científica?

A solução está em aberto, porque depende do estatuto que for reconhecido ou concedido ao embrião humano<sup>59</sup> <sup>60</sup>. Designadamente, se se entender que o embrião não passa de um mero aglomerado de células humanas, não chocará a possibilidade de ser destruído ou usado para fins de investigação científica. Mas se se considerar que o embrião é um ente vivo da espécie humana que irá ser uma pessoa, então o único destino configurável será a sua afectação a um projecto parental.

Na dúvida, *pro* embrião<sup>61</sup>; penso que se deve seguir a solução que mais protege e dignifica o embrião. Por isso, há que encarar a sua implantação *post mortem* como um desvio lícito ao princípio da biparentalidade, em contraste com o juízo que merece a inseminação artificial de uma mulher ou a fecundação *in vitro*, mediante o uso de espermatozoides do outro membro do casal já falecido<sup>62</sup>. E, na falta de afectação ao projecto parental do casal originariamente beneficiário, afigura-se desejável a implantação do embrião num membro de outro casal, desde que seja legalmente combatido o risco de a

---

<sup>57</sup>Cfr. a Declaração de voto do Conselheiro J. P. Ramos Ascensão, ao Parecer n°44/CNECV/04: "a PMA, desde logo, é ética e juridicamente reprovável, na medida em que só excepcionalmente é dissociável de um elevado desperdício de embriões" (parte III).

<sup>58</sup>"Os embriões, a partir de cinco ou mais anos de criopreservação, e alguns antes, são quase todos moribundos, impróprios para transferência intra-uterina" (n°4 da Declaração de voto do Conselheiro Daniel Serrão, ao Parecer n°44/CNECV/04).

<sup>59</sup>Sobre este assunto, cfr., em particular as reflexões de DANIEL SERRÃO, *Livro Branco. Uso de embriões humanos em investigação científica*, Lisboa, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003, obra que foi consultada em [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt).

<sup>60</sup>E do próprio conceito de embrião, pois há quem considere que não há embrião, mas sim pré-embrião, antes do 14º dia da fertilização. Entre nós, esta tese foi sustentada, nomeadamente, pelo Dr. Mário Sousa, especialista em procriação medicamente assistida, médico e investigador no Hospital de São João, no Porto, numa entrevista dada a um jornal (semanário "Expresso", de 31 de Julho de 2004, caderno principal, p.20).

<sup>61</sup>Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal* cit., pp.40-41: "optar na dúvida pela vida " é a única posição conforme com a garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana.

possibilidade de adopção embrionária estimular a tendência para criar embriões excedentários<sup>63</sup>.

## 11. O estabelecimento da filiação

Sempre que nasce uma criança mediante o uso de uma técnica de procriação medicamente assistida é necessário estabelecer a respectiva filiação, independentemente de aquele uso ter sido ou não conforme às regras e aos princípios do ordenamento jurídico.

Como atrás dissemos<sup>64</sup>, no nosso sistema, a declaração de vontade do candidato a progenitor é um elemento mínimo indispensável para o estabelecimento de uma relação de filiação, que se não baseie na prática de um acto sexual. A filiação de uma criança não será estabelecida em relação a uma pessoa que não tenha consentido no uso da técnica de procriação medicamente assistida. Não é, portanto, progenitor jurídico o membro de um casal que não tenha consentido no uso de uma técnica de procriação assistida, seja ela homóloga ou heteróloga. Tão-pouco é progenitor jurídico o mero dador<sup>65</sup>, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental.

No entanto, como resolver as hipóteses da maternidade de substituição, da procriação assistida em benefício de uma só pessoa, da procriação assistida em benefício de casal homossexual ou da procriação assistida *post mortem* especificamente consentida pelo membro masculino do casal falecido?

---

<sup>62</sup>Igualmente, TIAGO DUARTE, "*In vitro veritas?*" cit., p.99, nota 208.

<sup>63</sup>Alerta para este risco GUILHERME DE OLIVEIRA, "Aspectos jurídicos da procriação assistida" cit., p.785: "Conhecidas as dificuldades de praticar a adopção por falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas, poderia ser tentador procurar as «adopções pré-natais» de embriões excedentários, contrariando, afinal, o preceito básico de evitar a superfecundação *in vitro*."

A "tentação" pode ser repelida mediante a fixação de um número máximo de ovócitos a inseminar por cada implantação e a previsão da punibilidade do acto deliberado de criação de embriões excedentários.

<sup>64</sup>Cfr., *supra*, nº 4.

<sup>65</sup>Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Critério Jurídico da Paternidade* cit., pp.500-501: o dador de esperma não é pai porque "age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o *pater*, ou mesmo como o simples genitor de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação".

Há um interesse público forte, no estabelecimento da filiação, que se extrai da regulamentação constitucional sobre a protecção da infância e do direito de estabelecer a filiação. Tal interesse justifica, em princípio, a relevância pura e simples da vontade parental dos beneficiários que se sujeitam a técnicas de procriação medicamente assistida. Todavia, é preciso resolver situações hipotéticas de conflito positivo de filiação, isto é, situações em que duas ou mais pessoas invoquem a paternidade ou a maternidade em relação a uma mesma criança. Se houver uma norma específica sobre o estabelecimento da filiação, o conflito será resolvido de harmonia com ela. Temos, por exemplo, o artigo 1839º, nº3, do Código Civil, que, pela letra, abarca quer a inseminação homóloga quer a inseminação heteróloga. Uma vez que a técnica de procriação — inseminação artificial — foi referida por ser a mais conhecida e utilizada na época e não com o intuito de excluir a aplicação do regime constante do preceito no caso de outras técnicas de procriação, supomos que não haverá obstáculo à sua extensão a qualquer técnica de procriação medicamente assistida de que seja beneficiário um casal heterossexual, que esteja casado, desde que a gestação se faça através do elemento feminino do casal. Fora do âmbito de aplicação, directa ou analógica, do artigo 1839º, nº3, e ainda para resolver conflitos positivos de filiação, é preciso verificar se algum dos candidatos a progenitor jurídico contribuiu com células reprodutoras. Em caso afirmativo, prevalece a pretensão daquele em que o elemento biológico se tenha aliado ao elemento volitivo. A preponderância do elemento biológico extrai-se dos motivos da relevância que é conferida ao acto sexual no estabelecimento da filiação: o acto é tido como apto para a concepção.

Na hipótese de maternidade de substituição, importa ver se a mãe de recepção contribuiu ou não com o seu óvulo. Se foi o caso, a maternidade deve ser estabelecida em relação à mãe de recepção<sup>66</sup> porque se conjugam dois elementos fortes no domínio do estabelecimento da filiação: o elemento biológico e o elemento do consentimento, mais precisamente, da vontade de assumir o projecto parental. Embora o artigo 1796º, nº1, do Código Civil, determine que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do

---

<sup>66</sup>A favor, OLIVEIRA ASCENSÃO, "Procriação assistida e Direito" cit., p.668; FRANCISCO AGUILAR, "O princípio da dignidade da pessoa humana" cit., p.682 e s.; TIAGO DUARTE, "In vitro veritas?" cit., p.84 s. Contra, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma (duas)* cit., pp. 65, 73 e 74; ANTUNES VARELA, "A inseminação artificial e a filiação" cit., ano 128º, 1995-1996, nº3852, pp.67-68.

nascimento, o preceito tem em vista a situação de coincidência entre a mãe biológica e a mãe de gestação, na sequência da prática de um acto sexual. Se a mãe de recepção não contribuiu com o seu óvulo, a maternidade será estabelecida relativamente à mãe de gestação, quando esta, tendo contribuído com o óvulo, declare ser mãe da criança. Aqui de novo se conjuga o elemento biológico e, embora tardiamente, o elemento volitivo de assunção do projecto parental. Se a mãe de gestação contribuir com o seu óvulo mas não declarar sua a maternidade, a maternidade da mãe de recepção será estabelecida graças exclusivamente à relevância do elemento volitivo<sup>67</sup>. Se o óvulo pertencer a uma terceira mulher (simples dadora), a vontade será novamente decisiva. Recaindo duas pretensões de maternidade sobre a mesma criança, vencerá a pretensão da mãe uterina — não porque o parto seja um critério de estabelecimento da filiação, no âmbito da procriação medicamente assistida, mas porque a gestação surge como um sucedâneo (biológico) do elemento genético. É a mãe uterina, e não a mãe de recepção, que, através de uma ligação física, orgânica, minimamente duradoura, ao nascituro, assegura o nascimento completo e com vida do ser humano.

Quanto ao estabelecimento da filiação na hipótese de procriação assistida em benefício de uma só pessoa ou em benefício de casal homossexual, há que aceitar a relevância da vontade de ser progenitor, sem prejuízo da regra da biparentalidade estritamente heterossexual: a filiação é estabelecida apenas quanto a uma pessoa, mesmo que ela integre um casal homossexual.

Se houver procriação assistida *post mortem* especificamente consentida pelo membro masculino do casal que faleceu, a filiação considera-se estabelecida quanto ao pai, em virtude de se conjugarem dois elementos fortes do sistema: o elemento biológico e o elemento volitivo, concretamente correspondente ao desejo de assumir a paternidade de um filho póstumo. E, ainda que falte o elemento biológico (*v.g.*, transferência de embriões com origem noutra casal), chegará o elemento volitivo, se não houver outro candidato à paternidade jurídica.

Por fim, importa apreciar a questão dos direitos sucessórios desse filho póstumo. O artigo 2033º, nº2, alínea a), do Código Civil, atribui capacidade testamentária ou

---

<sup>67</sup>Maternidade que será, porém, precária: dada a nulidade do contrato de gestação, a mãe parturiente pode impugnar em juízo a todo o tempo a maternidade estabelecida, desde que na mesma acção reivindique para

contratual aos nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão. Ou seja, o filho sucede se tiver sido contemplado com uma liberalidade testamentária ou contratual, na qualidade de descendente do membro sobrevivente do casal. O artigo 2033º, nº1, atribui capacidade sucessória geral a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, o que não viabiliza o reconhecimento de direitos sucessórios legais ao filho nascido por inseminação *post mortem*, que é concebido após a abertura da sucessão<sup>68</sup>. Apesar de o preceito consagrar, indistintamente, a capacidade sucessória de pessoa já concebida à data da morte do *de cuius*, não caberá a qualidade de sucessível legítimo e legitimário ao filho resultante de uma transferência póstuma de embriões, já existentes no momento da abertura da sucessão, quando o respectivo nascimento não tiver ocorrido dentro dos 300 dias subsequentes à abertura da sucessão<sup>69</sup>. No sistema do Código, o momento da concepção está associado ao da gestação ou gravidez, como se depreende dos artigos 1798º a 1800º; a previsão da capacidade sucessória do nascituro é compreensível unicamente no pressuposto de que as dúvidas em torno da concretização da sua vocação sucessória serão rapidamente dissipadas — dentro de um prazo curto, como é o do período legal de gestação.

## 12. Conclusão

Há uma imensa lacuna da lei relativamente à procriação medicamente assistida. Isto não significa que a matéria pertença a um domínio extrajurídico ou que esteja inteiramente confiada à autonomia privada. As situações têm de ser resolvidas juridicamente e não necessariamente de harmonia com as estipulações das partes. Os princípios fundamentais do Direito da Família e do Direito da Personalidade são

---

si própria a posição parental.

<sup>68</sup>Cfr., no entanto, PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação" cit., p.361: no caso de a inseminação *post mortem* vir a ser permitida por uma futura lei, o prestigiado professor sugere que se aplique o disposto no artigo 2033º, nº2, alínea a), admitindo-se "extensivamente a capacidade sucessória de concepturos nascidos por inseminação *post mortem*, maxime como filhos do dador falecido e na sucessão legal, nos mesmíssimos termos".

<sup>69</sup>Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, "Procriação assistida e Direito" cit., p.672. Contra, TIAGO DUARTE, "*In vitro veritas?*" cit., p.114, nota 237: o filho será herdeiro legal, independentemente do tempo que mediar entre a abertura da sucessão e o nascimento.

determinantes na resolução dos casos omissos. E não deixarão de ter um papel importante quando e se o nosso ordenamento vier a ser dotado de uma legislação geral sobre a procriação assistida. Nesse outro contexto, os princípios serão relevantes no domínio da integração, da interpretação e da avaliação da lei que venha a vigorar. De qualquer modo, é imperioso agir com prudência e humildade, uma vez que é grande o risco de incerteza e de subjectividade.