

GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA

Legislar sobre Procriação Assistida.

Este é um artigo sobre a Procriação Assistida.

O tema está na moda e esta circunstância só complica o meu propósito. Se há matéria relevante para o Direito em que a bibliografia cresça num ritmo excessivo, é no domínio dos progressos da biomedicina em geral e na reprodução humana em particular. E embora, valha a verdade, entre a multitude de artigos e livros haja, afinal e apenas, uma dúzia de trabalhos fundamentais, não é fácil desprezar a grande maioria de repetidores entre os quais me incluo... Na verdade, em terreno virgem, delicado e plural, todas as opiniões têm de ser bem acolhidas, senão pela sua originalidade, ao menos pelo seu valor de colecção... isto é, pelo esclarecimento que proporcionam acerca das tendências básicas correntes sobre o assunto.

Usarei vulgarmente o adjectivo “assistida” para qualificar o substantivo “procriação” ou “reprodução”, em vez do adjectivo “artificial”. Bem sei que, usando uma expressão ou outra – “procriação assistida” ou “procriação artificial” – todos os ouvintes saberiam do que se tratava. Mas, ainda assim, pareceu-me que o adjectivo “artificial” tem um sentido depreciativo: o seu

mero uso desvaloriza as práticas médicas a que se refere⁽¹⁾ e estas práticas, como quer que acabem por ser consideradas, merecem uma avaliação feita com critérios substanciais, sem preconceitos. Por outro lado, o termo nem sequer é rigoroso pois os momentos biológicos essenciais do processo reprodutivo permanecem tão naturais como sempre – não há uma fusão de gâmetas “artificial” nem uma gestação “artificial”. E nunca se viu um embrião “artificial”, um feto ou um filho que não fossem absolutamente naturais. Como diz KRAUSE referindo-se ao método em que a interferência médica é mais intensa – a fertilização *in vitro* – “apenas se trata de transferir o processo natural de um sítio para outro”⁽²⁾.

Parece escusado sublinhar, nesta intervenção, a gravidade dos problemas suscitados pelas novas técnicas de auxílio da reprodução humana – porque todas as intervenções que precederam esta já o fizeram com abundância e sobretudo por que acho preferível apresentar os problemas jurídicos, e o seu grau de dificuldade variável, ao longo de todo este trabalho. Ainda assim direi duas palavras prévias.

(¹) Como não lembrar – ressalvadas as diferenças – a preocupação manifestada com a simples designação de “filho ilegítimo” pelo legislador constitucional de 1976? (Cfr. o art. 36, nº 4, segunda parte).

(²) Artificial Conception... p. 186. O autor acrescenta que tudo é bem mais “natural” do que transplantar o coração de um macaco para o corpo de uma criança, operação que ocorreu durante o ano de 1984, nos EUA.

É preciso distinguir – no vasto âmbito das “ciências da vida” – o tema da procriação assistida de outros temas como o conhecimento do genoma humano e a sua utilização, a terapia de células da linha germinal por engenharia genética, a clonagem, a hibridação, etc. Qualquer destas novidades pode causar ansiedade e, naturalmente, quando se pensa em todas elas sob a designação genérica de “progressos das ciências biomédicas” ou, mais ainda, quando se fala dos “avanços da ciência” (incluindo a energia nuclear) a ansiedade pode converter-se em medo justificado. Numa das afirmações mais simples e expressivas desta incomodidade Michèle Gobert diz que “... o homem contemporâneo... insaciável de progresso, é um ser angustiado por não saber imaginar, pela primeira vez na sua história, como vão viver os seus filhos”⁽³⁾.

Mas se isolarmos as novas técnicas de reprodução humana deste conjunto vertiginoso de progressos, será mais fácil conter um sentimento de pânico, sem esquecer as incertezas desagradáveis que não conseguiremos, certamente, banir.

(³) Les incidences juridiques... p. 164. Admito que nem a prova cabal dos sucessos agradáveis diminua a sensação de desconforto, mas sempre é bom ler que “... cem doenças mortais ainda há meio século são hoje curáveis” – Jean HAMBURGER – [Abertura do Colóquio]... p. 19.

Além disto, “... não obstante o Dr. Frankenstein e o Dr. Folamour, as catástrofes da história resultaram menos dos cientistas do que dos padres e dos políticos” – cfr. François JACOB – O jogo dos possíveis. Lisboa, Gradiva, 1982, p. 10.

Na procriação assistida visa-se alcançar um objectivo inocente e antigo – vencer a esterilidade, dar um filho a um casal que sofre por não o ter. A velha sabedoria mostra com abundância a angústia da infertilidade, os esforços das mulheres para a suprir, a intervenção divina concedendo a prole desejada⁽⁴⁾.

Os novos métodos de reprodução humana assistida são apenas, e afinal, as novas mandrágoras, para satisfazer os mesmos velhos anseios que suscitam as eternas angústias. As técnicas praticadas com gâmetas de um dador ou até os contratos de gestação por mãe hospedeira substituem o adultério consentido ou são as versões modernas dos favores coagidos das escravas bíblicas, ou da mão pródiga de Deus.

Por outro lado, o sucesso de cada caso tem um resultado sempre gratificante para os interessados directos,

(4) As mulheres procuravam mandrágora, e Raquel cedeu Jacob a Lia, por uma noite, em troca de uma porção dessas plantas a cujo suco se atribuíam propriedades fecundantes.

Os maridos tomavam as escravas, por sugestão das mulheres, para que tivessem filhos: Raquel disse a Jacob: – “Aqui tens a minha serva Bilha, vai ter com ela. Que dê à luz sobre os meus joelhos; assim, por ela, eu também terei filhos”. Por sua vez, Lia, vendo que não tinha mais filhos, deu a sua escrava Zilpa a Jacob, que dela teve dois descendentes; ao nascer o segundo, Lia exclamou – “Como sou feliz! As donzelas chamar-me-ão bem-aventurada!” (Gén. 30).

Também Sârai, mulher de Abrão, deu ao marido a sua escrava egípcia dizendo: – “Talvez, por ela, eu consiga ter filhos.” (Gén. 16).

Foi por intercessão do Senhor que Abrão e Sarai se tornaram progenitores de muitos filhos, de inúmeros povos (Gén. 17). (Cfr. Bíblia Sagrada, Lisboa, Verbo, 1982).

e cativante para o grande público – um filho; ao contrário das manifestações mais ostensivas da engenharia genética propriamente dita.

Estas afirmações superficiais não pretendem esconder que o progresso nesta matéria pode seguir caminhos tortuosos nos laboratórios, que por cada sucesso conta-se uma lista de sofrimentos e desilusões⁽⁵⁾, que não se pode prever seguramente o futuro emocional dos filhos, que ao lado de métodos mais facilmente aceitáveis se praticam métodos acerca dos quais subsistem dúvidas sérias⁽⁶⁾ ou são clandestinos⁽⁷⁾.

Em resumo, quero dizer que, apesar de tudo, é mais tranquilo discernir sobre a admissão e os limites da procriação assistida do que, por exemplo, encarar a hipótese de uma alteração genética da espécie humana.

Cabe agora, repetir as perguntas generalizadas – o Direito deve intervir⁽⁸⁾? Em que termos o deve fazer, no caso de a primeira resposta ser afirmativa?

(5) A estatística mostra que a percentagem de êxito é baixa, relativamente aos custos económicos e aos sacrifícios pessoais.

(6) P. ex. a inseminação heteróloga; ou a maternidade de substituição aproveitando o avanço da prática da inseminação heteróloga.

(7) P. ex. a inseminação heteróloga com esperma fresco (sem controlo sanitário) ou a produção de embriões para experimentação a pretexto de uma fertilização *in vitro*.

(8) Há quem pense que a prática científica deve estar livre até de limites éticos. É uma questão de sempre, como se vê no artigo de KAUFMAN – Rechtsphilosophische... p. 839.

Tem havido defensores da abstenção legislativa⁽⁹⁾. Há quem pense que não temos um entendimento suficientemente alargado acerca da matéria para que possamos fazer leis⁽¹⁰⁾ pois, no fundo, “ninguém está de acordo sobre o que quer que seja”⁽¹¹⁾; que nestes assuntos, ao contrário de outros (protecção do ambiente ou do consumidor) a inércia não prejudica e é mesmo compensadora porque “mais vale nenhuma lei do que uma lei má”⁽¹²⁾; que não se deve fazer leis que o progresso da ciência tornará inúteis no ano seguinte⁽¹³⁾; que não se deve fazer leis esperando o seu desrespeito sistemático⁽¹⁴⁾; que, por fim, não convém criar uma lei especial, um estatuto especial para uma certa categoria de filhos, sob pena de se gerar uma “nova discriminação”⁽¹⁵⁾.

Por tudo isto, defende-se que estes assuntos sejam deixados à decisão dos particulares, da família e dos profissionais, no quadro dos vários “ordenamentos intermédios”⁽¹⁶⁾ – a deontologia, a religião, a ética, as

(9) O que é diferente da abstenção do Direito. O problema tem-se posto quanto à “impaciência do legislador” de que fala RUBELLIN-DEVICHI – Les procréations... p. 459.

(10) RUBELLIN-DEVICHI – Les procréations... p. 459.

(11) ROBERT – La révolution... p. 1260.

(12) ALPA – La procreazione artificiale... p. 945.

(13) M. BERNARD, – *apud* TERRÉ – Aspects sociologiques... p. 227.

(14) THÉVENOT – Réflexions... p. 520.

(15) BIANCA – ob. loc. cit.; SCHUMACHER – Fortpflanzungsmedizin... p. 314.

(16) RESCIGNO – I criteri... p. 47/8.

recomendações das comissões de reflexão⁽¹⁷⁾. Só depois de se generalizarem tendências firmes sobre os diversos problemas suscitados pela procriação assistida é que a lei deveria tornar vinculante a consciência jurídica prevalecente⁽¹⁸⁾.

Pode dizer-se, no entanto, que a opinião dominante é no sentido de uma intervenção legislativa.

Desde logo pela razão prática, simples e premente, de que os médicos e biólogos não se satisfazem – eles próprios – com a deontologia ou a sua consciência profissional, e esperam que o Direito defina com segurança o que é lícito e o que é ilícito⁽¹⁹⁾. Incapazes de encontrar sozinhos os limites da sua arte⁽²⁰⁾, numa época em que se difunde a responsabilização penal e civil dos actos médicos, aqueles profissionais têm a consciência de que já não basta uma ética corporativa para legitimar a prática científica.

(17) Esta ideia justificou a criação, em França, do “Comité consultivo nacional para as ciências da vida e da saúde”; e parecia ser a orientação do próprio governo Francês, em 1984 – cfr. ALNOT *et al.* – Les procréations... p. 10.

(18) O problema da intervenção do direito penal é idêntico ao da intervenção de todo o direito mas, por força da moderna política criminal orientada pelos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, a relutância da intervenção criminal assenta em motivos específicos, para além dos motivos gerais – cfr. M. Costa ANDRADE – Direito Penal...

(19) RUBELLIN-DEVICHI – Congélation... p. 307.

(20) D’AGOSTINO, numa perspectiva filosófica e ética, afirma a necessidade de se encontrarem estes limites fora da ciência – que não consegue defini-los no seu interior – cfr. Gli interventi... p. 26-27.

Por outro lado há uma razão social que se prende com os vastos recursos que se aplicam na reprodução humana assistida; aplicação que, além de vultuosa, dificilmente se poderá considerar prioritária. E se é certo que esta última consideração não pode justificar que se proíba tal aplicação de recursos⁽²¹⁾ é justo afirmar que os contribuintes têm o direito de regular e de conhecer as vantagens da utilização de dinheiros públicos⁽²²⁾.

As dificuldades de uma intervenção legislativa, que têm sido apontadas, são dignas de nota.

É verdade que os progressos científicos andarão sempre muito mais rapidamente do que as leis, que são lentas e ficarão desajustadas da realidade. Ninguém duvidará de que as leis gostam de tempo... e de que o progresso científico vertiginoso não se pode captar globalmente numa fórmula legislativa. Mas também deve reconhecer-se que os grandes problemas jurídicos suscitados pela reprodução humana assistida não mudam de aspecto todos os anos; que as soluções básicas para defesa dos bens jurídicos mais importantes não têm de se alterar de cada vez que se progride nas técnicas de congelação de esperma ou se melhora, por qualquer razão de técnica laboratorial ou bioquímica, a probabilidade de

(21) Para uma análise sumária desta questão veja-se o relatório Warnock em M. WARNOCK – A Question of life... p. 9-10.

(22) Sobretudo se se entender que as despesas com a utilização das técnicas de procriação assistida devem ser comparticipadas pela Segurança Social. Sobre esta questão veja-se, p. ex., BECKER – In vitro - Fertilization...; MANSEES – Extracorporale...

êxito de uma fertilização *in vitro*.⁽²³⁾ Em suma, não deve exagerar-se a probabilidade de desactualização das leis que proponham soluções fundamentais⁽²⁴⁾.

Acrescenta-se ainda que não há entendimento suficiente para legislar. A falta de um acordo vasto sobre matérias como, p. ex., a admissibilidade da inseminação heteróloga ou a experimentação em embriões é uma dificuldade real para os defensores da intervenção legislativa. Até o legislador mais humilde que aceite reproduzir em lei os resultados das sondagens de opinião⁽²⁵⁾ estará pouco à vontade por falta de tendências de opinião claras em assuntos que não foram ainda suficientemente discutidos. E o legislador que, apesar de atento às estatísticas de opinião, quiser fazer intervir uma valoração jurídica autónoma de cada problema sentirá todas as dificuldades impostas pelo moderno pluralismo ético e acabará sempre na posição desconfortável de quem estabeleceu uma solução que porventura desagrade a todos; embora talvez consiga conquistar – e aqui está o

(23) Pelo contrário, a iminente possibilidade de congelação de óvulos suscita problemas jurídicos específicos – o desaparecimento dos embriões excedentários; mas facilita a criação de embriões expressamente destinados à investigação....

(24) P. ex.: parece bom que se reserve a prática da reprodução humana assistida a locais previamente autorizados e sujeitos a controle administrativo; e uma regra destas não precisa de mudar. O mesmo se diga quanto à proibição de realizar inseminações heterólogas com esperma fresco não analisado do ponto de vista sanitário.

(25) THEVENOT opõe-se a uma atitude como esta – cfr. Reflexions... p. 520.

seu papel – o ponto de equilíbrio que garanta a convivência e a dignidade⁽²⁶⁾.

Não esqueçamos, porém, que há vários assuntos relevantes em que já se formou um entendimento grande ou muito grande. Refiro-me à intenção de não criar, propositadamente, embriões excedentários; à limitação das utilizações do mesmo dador de esperma; ao controle 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; e, porventura, à exclusão das inseminações post mortem.

Também o risco de não-cumprimento impune é um obstáculo pesado. Para além do desprestígio da lei, seria deplorável que os resultados proibidos afinal se produzissem, sob a aparência lisongeira de existir um controlo jurídico estabelecido. Mas, para evitar isto, a abstenção legislativa não é uma saída airosa, porque os prejuízos dela podem bem sobrelevar o risco que não se quer correr. Onde se achar bem intervir com uma norma jurídica nova, que se intervenha do modo mais competente; que se legisle bem⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ V. *infra*.

⁽²⁷⁾ Não encontrei referência a um argumento que seria de esperar, ao menos da boca de especialistas em direito da família do tempo em que “a questão do divórcio” era um tema interessante. Nesta época dizia-se que a admissão do divórcio gerava o divórcio; hoje poderia afirmar-se que legislar acerca da reprodução humana assistida aumentaria o interesse e a procura de tais métodos.

Afirma-se, por último, que uma legislação especial pode criar uma “nova discriminação” de uma certa categoria de pessoas⁽²⁸⁾. Mas não creio que esta afirmação constitua realmente um argumento contra a legislação nesta matéria. Não há dúvida de que as normas especialmente criadas para disciplinar a Procriação Assistida formariam um corpo regulamentar com destinatários separados do universo dos filhos juridicamente reconhecidos; este regime seria diferente, em maior ou menor medida, do regime-regra que vale para o estabelecimento da filiação. No entanto, essa diferença inevitável não significa uma discriminação, com o sentido de desfavor, que é constitucionalmente proibida.

A prova de que as diferenças de regime não constituem necessariamente discriminações está no facto de haver normas que se aplicam apenas aos filhos de mulheres casadas e outras que se aplicam só aos filhos de mulheres solteiras, sem que alguém diga que isto se traduz em discriminação proibida! É o caso da regra de

Creio, porém, que o argumento ficou desacreditado. O divórcio impõe-se nos hábitos sociais e não vejo que isto se tenha ficado a dever a uma promoção legislativa. Do mesmo modo a generalização das técnicas de procriação assistida – se ocorrer – não vai ficar a dever-se às leis que venham a regulá-la, mas antes aos progressos da biomedicina, e porventura ao “entusiasmo” de alguns cientistas (cfr. WARNOCK – A question of life... p. XIV) e de todos os jornalistas.

⁽²⁸⁾ BIANCA – op. loc. cit.; SCHUMACHER – Fortpflanzungsmedizin... p. 314; RESCIGNO – Relazione... p. 196/197.

que a paternidade do marido da mãe se presume, que só se aplica quando há um casamento, e portanto, um marido; enquanto as regras da perfilhação só se aplicam quando a mãe é solteira.

Em suma, as diferenças de regime não são discriminatórias quando apenas se justificam pela diversidade inevitável da situação de facto a que se dirigem e não têm qualquer propósito de maltratar uma categoria de pessoas.

Deve sublinhar-se, por último, que a reprodução humana assistida implica dimensões novas de conceitos básicos como os da integridade moral das pessoas⁽²⁹⁾, da dignidade do ser humano⁽³⁰⁾, da monogamia⁽³¹⁾, da maternidade e da paternidade⁽³²⁾; e suscita novas interpretações das regras jurídicas tradicionais⁽³³⁾ ou impõe regras novas⁽³⁴⁾. Assim, não é matéria que se deixe à livre consciência dos indivíduos e da

⁽²⁹⁾ Basta pensar no problema do conhecimento da ascendência genética no caso de inseminação heteróloga.

⁽³⁰⁾ O estatuto jurídico do embrião ou a gestação por conta de outrem são assuntos fulcrais, desta perspectiva.

⁽³¹⁾ A intervenção de terceiros – dadores de gâmetas – já não é considerada um adultério mas continua discutida.

⁽³²⁾ A dissociação entre a mulher dadora do óvulo e a mulher geradora não permite resolver pacificamente, de um ponto de vista biológico, quem é a mãe. E o conflito entre o marido e o dador de esperma, na inseminação heteróloga, é evidente.

⁽³³⁾ P. ex., da regra que impõe a nulidade dos contratos ofensivos da ordem pública, a propósito da dação de embriões ou dos contratos de gestação.

⁽³⁴⁾ Para dar um exemplo, refira-se o actual art. 1839º, nº 3 do Código Civil.

família⁽³⁵⁾, à deontologia dos médicos⁽³⁶⁾, a quaisquer outros ordenamentos intermédios, ou ao cuidado de comissões de reflexão⁽³⁷⁾. É matéria da responsabilidade do Estado; é questão de interesse público que reclama intervenção legislativa.

Esta necessidade de intervenção do legislador foi dada por assente nas comissões Warnock e Benda, respectivamente na Inglaterra e na Alemanha. A própria responsável da comissão inglesa, Mary Warnock, num comentário breve sobre o trabalho que dirigiu, afirmou destacadamente que “há acordo na sociedade sobre um

⁽³⁵⁾ KRAUSE, depois de manifestar a sua simpatia pelas dificuldades sentidas pelos teólogos, filósofos, cientistas e inférteis... declara-se um jurista e, nesta qualidade, um “preventor de danos” sobretudo dos danos dos filhos que nasçam da procriação assistida. Escreve ainda que “as liberdades procriativas têm limites inultrapassáveis quando o interesse social está tão profundamente envolvido como aqui” – Artificial Conception... p. 191 e 192.

⁽³⁶⁾ Expressamente, neste sentido, p. ex., ESER – Thesen zur Reproduktionsmedizin... p. 307; MASON e SMITH – Law and Medical... p. 13, onde se acrescenta que foi através do recurso à justiça que se estabeleceram alguns direitos dos diminuídos mentais, o direito ao esclarecimento adequado e a necessidade de garantias de segurança.; TRABUCCHI – Procreazione artificiale... p. 496; AULETTA – Fecondazione... p. 2.

⁽³⁷⁾ Mesmo em França, onde a atitude dominante recomendava uma “moratória activa” do legislador, enquanto se aguardava o trabalho da Comissão consultiva nacional, havia quem perguntasse: “e durante o tempo em que não há texto legal, que autoridade terão as decisões das comissões de ética e perante que instância poderão ser contestadas[...]?” – GOBERT – Les incidences... p. 199.

ponto: o de que a legislação é necessária"⁽³⁸⁾. Por sua vez, o relatório termina com uma lista de recomendações que supõem ou expressamente exigem a intervenção legislativa⁽³⁹⁾. Também o relatório BENDA faz amplas recomendações de intervenção legal⁽⁴⁰⁾.

Além disto, deve dar-se conta de que alguns casos que relevam da procriação assistida já se tornaram notícia mundana ou já foram levados a tribunal⁽⁴¹⁾. E estas circunstâncias motivaram não só as competentes decisões que comprometem os sistemas jurídicos dentro dos quais foram proferidas, mas também suscitou, aqui ou acolá leis novas.

⁽³⁸⁾ A question of life... p. 99.

⁽³⁹⁾ Desde a recomendação de autorização prévia e controlo dos centros dedicados à prática da reprodução humana, e do estabelecimento de limites à investigação sobre embriões, até às propostas concretas de regulação de vários aspectos – A question of life... p. 80 a 86.

⁽⁴⁰⁾ In-vitro-Fertilisation... p.17, 20, 21, 23-5, 32.

⁽⁴¹⁾ Em Agosto de 1984 o tribunal de Creteil (França) aceitou a reivindicação, feita pela viúva, do esperma congelado do marido que entretanto morrera. No Baixo-Reno, em 1984, a administração pública mandou encerrar uma associação de recrutamento de mães hospedeiras e o tribunal de Estrasburgo confirmou a ordem. (cfr. ALNOT *et al.* – Les procréations artificielles... p. 11).

Em Janeiro de 1985 nasceu em Inglaterra o "Bébé Cotton" e em Julho desse ano foi aprovada a lei inglesa acerca das actividades lucrativas de angariação de mães de substituição (Cfr. FREEMAN – After Warnock... p. 38).

Nos Estados Unidos da América do Norte, o caso recente do "Bébé M." em que a mulher que se comprometera a gerar a filho e a entregá-lo quis conservar a criança depois do nascimento gerou a maior discussão internacional sobre procriação assistida. Outros casos norte-americanos não tiveram repercussão internacional (Cfr. PERITORE – A select bibliography... p. 223-224).

Por último – e independentemente de quaisquer ocorrências específicas – alguns sistemas jurídicos empenharam-se recentemente na criação de um regime jurídico, mais ou menos completo⁽⁴²⁾ sobre a procriação assistida. Assim aconteceu com a Austrália (Victória) (*The Infertility Medical Procedures Act*. 1984); África do Sul (*Human Tissue Amendment Act* 1984); Suécia (*Act on Insemination* 1985); com a Espanha (*Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* 1988), com os Estados Unidos da América, Inglaterra e Alemanha.

Não deve esquecer-se também o significado do "Projecto de Recomendação" aos estados membros do Conselho da Europa, elaborado pelo "Comité *ad hoc* de peritos para os progressos das ciências biomédicas" (CAHBI), concluindo em Maio de 1987.

Em suma, parece consolidada a tendência para a intervenção legislativa.

Ainda que se dê por assente a necessidade ou a conveniência da intervenção legislativa, não se resolve com isso a questão de saber qual deve ser o alcance da intervenção. De facto, têm sido expressos propósitos diversos que vão da regulação mínima até à legislação

⁽⁴²⁾ Não me refiro aos países, como o nosso, que regula apenas um ou outro aspecto. Aquele que mais geralmente concitou o interesse, há alguns anos, foi o problema da impugnação da paternidade pelo marido que consentiu na inseminação heteróloga.

total sobre a matéria⁽⁴³⁾.

Aceitando que se trata de uma verdadeira regulamentação, não sei, neste momento, como julgar as duas opiniões extremas. Elas resultam de tradições recentes em certos países, fundadas em razões que

(43) Estou a supor que se trata do alcance de uma verdadeira regulamentação e não apenas de um direito novo que admita tudo ou que proíba tudo.

Parece fora de uma causa que o Direito aceite imediatamente e globalmente tudo o que a Ciência pode fazer mesmo considerando apenas o âmbito da reprodução humana assistida (cfr. *supra*) Esta atitude significaria admitir sem reboço a inseminação *post mortem*, a experimentação livre em embriões produzidos para este fim, a selecção de quaisquer características dos embriões e, mais tarde, a clonagem.

Também excluí do texto a hipótese contrária, assente no princípio de que nada se deve alterar na “mãe natureza”, que é quem sabe como proceder. Este princípio, quando tomado à letra, pode assumir o aspecto de uma versão serôdia do “Universo à Pangloss” em que, depois do terramoto de 1755, o Doutor Pangloss confortava os infelizes dizendo-lhes que as coisas não estavam mal “...se há um vulcão em Lisboa ele não poderia estar em outro lado. Porque é impossível que as coisas não estejam onde estão. Porque tudo está certo.” (Cfr. F. JACOB – O jogo... p. 46, citando S. GOULD e, finalmente, VOLTAIRE.)

Como diz COHEN (Aspects... p. 478) “sou a favor dos antibióticos e da cirurgia” e cito de novo KAUFMANN (Rechtsphilosophische... p. 846) para quem “é próprio da «natureza humana» intervir nos processos naturais, sem prejuízo de ficar por resolver a questão dos limites desta intervenção”.

(O próprio VOLTAIRE dá nota dos esforços dos sábios portugueses no sentido de influir sobre os elementos e de impedir que o terramoto de Lisboa se repetisse – a Universidade de Coimbra recomendou que se queimassem algumas pessoas em público. Infelizmente a terra tremeu de novo – cfr. VOLTAIRE – Candide ou l’optimisme. In VOLTAIRE – «Romans, contes et mélanges», Paris, Lib. Gen. Française, 1972, p. 276-278).

Enfim, admitir tudo ou proibir tudo seria uma forma excepcional de intervenção do Direito – e, quando despropositada, a mais grosseira.

porventura não cabem numa explicação. Por que motivo o sistema jurídico espanhol se adiantou e estabeleceu uma lei tendencialmente completa, enquanto os franceses insistiam em entregar-se às recomendações de uma Comissão de Ética? Que razão justifica que a Itália não tenha um regime especial depois de o ministério da saúde ter constituído a “comissão SANTOSUOSSO” e de esta ter apresentado dois relatórios e propostas de lei sobre inseminação homóloga e heteróloga⁽⁴⁴⁾? Por que motivo a Suécia – onde estes problemas não são concertada uma novidade – legislou apenas sobre inseminação heteróloga? Na República Federal Alemã, pelo contrário, o relatório BENDA propôs uma ampla intervenção da lei⁽⁴⁵⁾ e a doutrina concorda⁽⁴⁶⁾.

A resposta a estas perguntas supõem o conhecimento profundo do sistema político-social de cada país – e não apenas do seu sistema jurídico. E, ainda assim, há variáveis decisivas que escapam à análise. Senão vejamos: como explicar que não exista uma lei, com maior ou menor âmbito, em Portugal, na sequência dos trabalhos da “Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”?

(44) Publicados na *Giurisprudenza Italiana*, 1986, IV, p. 33 segs.

(45) Cfr. *supra*, nota 39.

(46) P. ex. ESER – Thesen... p. 307; KAUFMANN – Rechtsphilosophische... p. 846, sugerindo, ao menos, formas mais vinculantes de disciplina do que as orientações das comissões de ética; sobretudo SCHUMACHER – Fortpflanzungsmedizin... p. 314, propondo uma intervenção completa do direito público que sirva de orientação para o direito civil.

Independentemente de não saber julgar qual deve ser o alcance da legislação sobre procriação assistida, sempre faço algumas observações.

É preciso tomar em devida conta o direito positivo vigente.

Em primeiro lugar devem considerar-se as normas que prevêm os direitos liberdades e garantias, na sua dimensão constitucional; e as normas que defendem os bens jurídicos essenciais com uma tutela penal. No que diz respeito às normas constitucionais, dificilmente acharemos num sentido indiscutível⁽⁴⁷⁾ ou uma solução directamente aplicável a um caso concreto⁽⁴⁸⁾; mas, ao traçarem o quadro fundamental do nosso sistema jurídico, essas normas nunca poderão ser irrelevantes ou neutras. Quanto às normas penais, elas estão longe de tratar da procriação assistida – e talvez não devam nunca vir a fazê-lo de um modo extenso; porém, já hoje defendem a liberdade do consentimento da mulher para a prática da inseminação artificial⁽⁴⁹⁾ e, se é certo que este preceito não vai resolver os problemas jurídicos mais frequentes da reprodução humana assistida, também é verdade que não podemos ignorar a existência dele.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. o meu Aspectos jurídicos...

⁽⁴⁸⁾ Apesar da "força jurídica" dos preceitos, segundo o art. 18º.

⁽⁴⁹⁾ Art. 214.

Diz-se que, na jurisprudência alemã, o primeiro caso julgado sobre inseminação artificial (1908) foi o de uma mulher que praticou uma fecundação homóloga sem o consentimento do marido – cfr. T. RAMM – Die Fortpflanzung... p. 870. O que parece mais difícil de acontecer do que o crime previsto na nossa lei.

Deve apreciar-se, também, o conjunto vasto de regras positivas sobre o direito da família em geral, e o direito da filiação em particular.

Ainda que elas não tenham sido feitas para reger a procriação assistida, e embora esta suscite questões realmente novas (sobretudo com a intervenção de dadores de gâmetas ou de embriões), o direito vigente aplica-se directamente⁽⁵⁰⁾ ou por analogia⁽⁵¹⁾, ou ainda com pequenas alterações técnicas⁽⁵²⁾, a alguns aspectos significativos da reprodução humana assistida.

Quando se tratar de problemas inadiáveis do ponto de vista legislativo, isto é, quando o direito vigente não

⁽⁵⁰⁾ Destaque-se, pela sua intenção patente, o art. 1839, nº 3, nos termos do qual os cônjuges que tenham consentido numa inseminação heteróloga não poderão mais tarde impugnar a paternidade do marido. Mas outras normas são aplicáveis. Assim acontece, p. ex., com a regra que impõe a orientação conjunta da vida familiar (art. 1671º, nº 2); a que estabelece o dever de cooperação conjugal e a obrigação de assumir "em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram" (art. 1674º); assim acontece, sobretudo, com as normas sobre o estabelecimento da maternidade e com muitas das referentes ao estabelecimento da paternidade. ⁽⁵¹⁾ Julgo que o art. 1982º nº 3, do Código Civil, segundo o qual a mãe não pode dar o seu consentimento para a adopção antes de decorrido um mês após o parto, seria aplicável, por analogia, à questão de saber se um contrato de gestação vincularia a mulher a entregar o filho recém-nascido, contra vontade. Cfr. o meu Aspectos Jurídicos... p. 775-6.

⁽⁵²⁾ As normas sobre averiguação oficiosa e investigação da paternidade caberiam numa hipótese em que o progenitor biológico se recusasse a perfiar o filho nascido por inseminação, fertilização *in vitro* ou G.I.F.T., heterólogas, fora do casamento, desde que a averiguação oficiosa procurasse o homem que consentiu na dação e desde que a causa de pedir na investigação da paternidade não fosse o vínculo biológico.

garantir uma solução razoável e quando os outros ordenamentos sociais não forem suficientes, o legislador terá de intervir apesar das dificuldades conhecidas. Certamente haverá acordo bastante acerca de muitas soluções necessárias. E mesmo que o legislador não consiga, de um ponto de vista puramente ético, estabelecer critérios que distingam claramente o Bem do Mal, sempre terá de escolher as regras que garantam o menor Mal, ainda que não satisfaça verdadeiramente ninguém porque, entre opções incompatíveis, não haverá proventura um compromisso moral possível⁽⁵³⁾. Sigamos o apelo à “ética da coexistência” que “garanta uma comunicação universal e operativa entre os homens”⁽⁵⁴⁾ apesar de faltarem normas morais geralmente aceites. Confiemos na tolerância como princípio de acção no mundo altamente complexo em que vivemos, de tal modo que uma decisão legislativa responsável seja aceite – como o seria uma decisão diferente – desde que a Ética não imponha claramente uma delas⁽⁵⁵⁾.

E estejamos atentos aos danos eventuais⁽⁵⁶⁾ que as

⁽⁵³⁾ M. WARNOCK – A question of life... p. 99.

Será o caso do consentimento do dador? E o caso da experimentação sobre embriões excedentários?

⁽⁵⁴⁾ D'AGOSTINO – Genética humana... p. 28-30.

⁽⁵⁵⁾ KAUFMANN – Rechtphilosophische... p. 841-842. O autor dá um exemplo simples: a decisão favorável a uma experiência de engenharia genética contra o cancro é arriscada, mas também a decisão contrária tem o risco de não permitir a descoberta de uma hipótese de cura.

⁽⁵⁶⁾ Segundo KRAUSE o jurista é um “controlador de danos” e, neste caso, o dano eventual que avulta é do filho – Artificial... p. 191.

decisões provocarem, prontos a mudar a lei se esta for melhor opção do que mantê-la apesar de tudo.

Com este espírito há-de encontrar-se, sobretudo, um regime jurídico para os problemas fundamentais: a admissão ou rejeição da inseminação com dador e os problemas mais sérios como o do anonimato do dador; a admissão da experimentação sobre embriões, os seus limites e a questão da legitimidade para consentir nessa actividade; a possibilidade de dação de embriões.

Já se sabe que, no grande campeonato do mundo do auxílio às ciências, o primeiro lugar é disputado entre a rã e a mosca do vinagre; e um eminente professor francês perguntou se o jurista, com a sua abstenção, não correrá o risco de ficar em último lugar...

Julgo que, apesar das dificuldades evidentes, não há razão para reear uma classificação tão desonrosa ... Se os juristas souberem encontrar o equilíbrio entre a utilidade do progresso das ciências e a dignidade do Homem, o Direito nunca será um obstáculo à investigação e à prática biomédicas; e se os juristas evitarem uma simpatia excessiva pelos “cientistas entusiásticos”⁽⁵⁷⁾, não se correrá o risco de colocar o próprio Homem naquele primeiro lugar que cabe aos frágeis animaizinhos...

⁽⁵⁷⁾ M. WARNOCK – A question of life... p. XIV.

BIBLIOGRAFIA

- ALNOT *et al* – *Les procréations artificielles. Rapport au Premier Ministre*. Paris, La Documentation Française, 1986.
- ALPA, Guido – *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. In «Biogenetica, procreazione artificiale, etica giuridica e diritto positivo». «Il dir. di fam. e delle persone». (3-4), ano XIX, 1987, p.941-953.
- ANDRADE, M. da Costa – *Direito Penal e modernas técnicas biomédicas*. «Rev. Dir. e Econ.», Coimbra, 12, 1986, p. 99-125.
- AULETTA, Tommaso – *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*. «Quadrimestre», 1, 1986, p. 1-68.
- BECKER, Christoph – *In-vitro-Fertilisation als Heilbehandlung*. «Zeit. für das ges. fam.», 1986, 7, p. 630-635.
- BIANCA, C. Maximo – *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell genere umano*. In «Biogenetica procreazione artificiale, etica giuridica e diritto positivo». «Il dir. di famiglia e delle persone» (3-4), ano XVI, 1987, p. 955-970.
- Bíblia Sagrada*. Lisboa, Verbo, 1982.

- COHEN, Jean – *Aspects éthiques de la fécondation in vitro*. In «Génétique, Procréation et Droit». Paris, Actes Sud, 1985, p. 478-486.
- D'AGOSTINO, Francesco – *Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto*. «Riv. Dir. Civ.» ano XXXIII, nº 1, 1987, p. 21-35.
- ESER, Albin – *Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlichen und sozialpolitischer Sicht*. In «Procréation artificielle, Génétique et Droit». Colloque de Lausanne des 29 et 30 Novembre 1985, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, p. 305-330.
- FREEMAN, M.D.A. – *After Warnock - Whither The Law?* «Current Legal Problems», London, vol. 39, 1986, p. 33-55.
- GOBERT, Michèle – *Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes*. In «Génétique, procréation et droit», Paris, Actes Sud, 1985, p. 161-200.
- HAMBURGER, Jean – [Abertura do Colóquio "Génétique, Procréation et Droit"]. In «Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit», Paris, Actes Sud, 1985, p. 19-20.
- In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie*. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz. München, J. Schweitzer, Verlag, 1985.

- JACOB, François – *O jogo dos possíveis*. Lisboa, Gradiva, 1982.
- KAUFMAN, Arthur – *Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend*. «Juristen Zeitung», 18, 1987, p. 837-847.
- KRAUSE – *Artificial Conception: Legislative Approaches*. «Fam. Law Q.», vol. XIX, 3, 1985, p. 185-206.
- MANSEES, Norbert – *Extrakorporale Befruchtung als Heilbehandlung?*, «Zeit. für das ges. Fam.», 1987, p. 653-658.
- MASON, J. K.; SMITH, R. A. – *Law and Medical Ethics*, 2nd ed., London, Butherworths, 1987.
- PERITORE, Laura – *A select bibliography on Surrogacy*. «Fam. Law. Q.», 1988, p. 213-224.
- RAHM, Thilo – *Die Fortpflanzung - ein Freiheitsrecht?* «Juristen Zeitung», 19, 1989, p. 861-874.
- RESCIGNO, Pietro – *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*. In «Atti del Convegno di Verona, 2-3-4 e 25 Ottobre 1986», Padova, Cedam, 1987, p. 44-55.
- ROBERT, Jacques – *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*. «Rev. de Dr. Pub. et de la Science Politique», vol. 5, 1987, p. 1256-1300.
- RUBELLIN-DEVICHI – *Les Procréations assistées: état des questions*. «Rev. Trim. Dr. Civ.», 3, 1987, p. 457-497.
- SANTOSUOSSO, Fernando – *Formazione, struttura, contenuti del progetto*. In «Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana». Atti del Convegno de Verona, 2-3-4 e 25 Ottobre 1986, p. 32-43.

- SCHUMACHER, Klaus – *Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht*, «Zeit. für das ges. Fam.», 1987, p. 313-324.
- TERRÉ, François – *Aspects sociologiques*. In «Procréation artificielle, Génétique et Droit». Colloque de Lausanne de 29 et 30 Novembre, 1985. Zürich, Schulthers Poly. Verlag, 1986, p. 221-228.
- THÉVENOT, Xavier – *Reflexions d'un théologien catholique*. In «Génétique, Procréation et Droit».
- TRABUCCI, Alberto – *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*. «Riv. Dir. Civ.», 1986, p. 495-511.
- VOLTAIRE – *Candide ou l'optimisme*. In VOLTAIRE - «Romans, contes et mélanges», tomo I, Paris, LG. Franc., 1972, p. 259-368.
- WARNOCK, Mary – *A question of life*. Oxford, Blackwell, 1985.

