

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Jorge Alexandre Fernandes Godinho
Professor Convidado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Sumário: O texto discute a inseminação artificial e a maternidade de substituição. A principal perspectiva é a do direito da família, no que respeita ao enquadramento e possíveis efeitos jurídicos destas realidades, nomeadamente em relação ao estabelecimento da filiação. O texto foi escrito em 1996 no âmbito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Macau e é agora publicado sem qualquer actualização ou alteração, na esperança de que possa ainda ser útil aos cultores destas matérias.

Palavras-chave: inseminação artificial; maternidade de substituição; contrato de gestação; direito da família.

Preliminar

O encargo deste texto* é o de tratar, nos moldes exigíveis a um *paper* de

* O texto que agora se publica foi escrito em 1996 no âmbito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Macau. Representou uma incursão por temas fascinantes e foi uma resposta aos estimulantes seminários do Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Desde então o autor não mais regressou ao estudo destes domínios. A sua publicação neste momento, duas décadas depois, deve-se a gentil convite do Prof. Manuel Trigo - a quem agradeço -, que várias vezes insistiu em que, apesar do muito tempo decorrido, a sua publicação ainda faria sentido. Agradeço também à Prof.^a Doutora Vera Lúcia Raposo a releitura do mesmo e o seu encorajamento da publicação em Macau. O texto é publicado sem qualquer actualização ou alteração.

um curso de mestrado, um dos temas tratados ou aflorados nas aulas da cadeira de direito civil ministradas pelo Professor Doutor Guilherme de Oliveira.

Nessas aulas foram abordados quer temas de direito da família, designadamente relativos à filiação, quer temas relativos ao direito da medicina, numa perspectiva de direito civil.

Havendo que escolher um tema, preferíamos à partida a segunda área. Porém, esta é bastante vasta, pois comporta um certo número de problemas de elevada complexidade, interdisciplinaridade e ressonância filosófica. Por outro lado, a dificuldade de acesso a bibliografia, inerente à relativa novidade dos temas, restringiu as possibilidades de escolha.

Assim, um pouco ao sabor da bibliografia disponível¹, e dada a necessária extensão mínima do texto a produzir, optámos por abordar não um mas dois tópicos na temática da procriação assistida: a inseminação artificial e a maternidade de substituição.

No texto que se segue, não hesitámos em tornar claras as nossas opiniões sobre as várias questões. Por outro lado, abstivemo-nos de entrar em considerações descritivas de natureza médico-científica sobre cada uma das técnicas em causa.

1. Problemas postos pelo avanço da medicina e da biotecnologia

Os avanços da biomedicina, designadamente das técnicas de procriação assistida, com as quais o homem poderá porventura um dia controlar a evolução da espécie humana, vieram colocar interrogações sobre a admissibilidade de certas práticas ou experiências. No centro da polémica estão técnicas como a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, o contrato de gestação, o diagnóstico pré-natal e toda a problemática das manipulações genéticas.

Os autores referem insistentemente os sentimentos que surgem a este propósito – ansiedade, angústia²; optimismo e esperança, fobia face a possíveis abusos³; estranheza⁴ – e a delicadeza da matéria⁵. Estão em causa progressos técnicos «profundamente perturbadores»⁶. Por outro lado, a novidade e a

1 O método de citação usado consiste em fazer apenas uma referência sumária, constando os dados completos da bibliografia final. As abreviaturas e siglas usadas são as comuns na literatura jurídica da actualidade, pelo que nos dispensámos de incluir a sua descodificação.

2 G. OLIVEIRA, *Legislar sobre...*, pág. 74.

3 COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas técnicas...*, pág. 100.

4 GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe...*, pág. 68; o autor refere-se ao contrato de gestação.

5 GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos...*, pág. 767.

6 FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia...*, pág. 436, que apontam estes desenvolvimentos como factor de criminalização.

«espectacularidade» dos desenvolvimentos em curso atraem naturalmente a atenção dos órgãos de comunicação social, que têm dado grande ressonância mediática aos problemas desta área e não poucas vezes de forma sensacionalista.

As dúvidas, os sentimentos de espanto e de confusão e o impacto mediático resultam da necessidade de rever ideias que até aqui eram perfeitamente assentes.

Com efeito, passaram a ser possíveis situações que, desde sempre, nunca o foram. Até há pouco tempo, como desde o início da espécie humana, não era possível, por exemplo, que um homem tivesse um filho sem manter relações sexuais com uma mulher, ou dissociar entre a mãe genética e a mãe que tem a gravidez; e também não era possível o nascimento de um filho de um pai falecido há muitos anos, ou saber antecipadamente o sexo de um feto. Por outro lado, parecem aproximar-se os dias em que será possível realizar manipulações genéticas no homem, como a clonagem. Assistimos, pois, à dissolução de verdades que até agora eram das mais sólidas possíveis.

O «desassossego» criado por todos estes desenvolvimentos leva à busca de respostas. Ao direito, como sempre, se pede que delimite com clareza o admissível do inadmissível. Neste sentido, em muitos países foi já editada legislação específica sobre a problemática da procriação assistida, destinada a esclarecer quais as técnicas que são admitidas e em que termos e casos o são.

Em ordenamentos jurídicos como os de Macau ou Portugal, em que não existe legislação própria⁷, a muitas destas interrogações o direito constituído não dá resposta directa, por ausência de disposições legais específicas⁸. O direito vigente considera apenas as formas «normais» de procriação. Em tais ordenamentos, há que buscar as soluções nos princípios e nas regras gerais aplicáveis.

7 O que, segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (cfr. *Procriação...*, pág. 27), constitui um «insustentável vazio legislativo». Em Portugal, o DL n.º 319/86, de 25 de Setembro, não pode ser considerado como uma regulamentação acabada da matéria, como se vê do seu preâmbulo e é salientado pela doutrina, que aliás enfatiza o carácter algo insólito do facto de já terem decorrido 10 anos sem que tenha sido editado o diploma perspectivado. O DL n.º 319/86, de 25 de Setembro, terá sido motivado quer pela complexidade ética da matéria quer sobretudo por razões de saúde pública. Em Macau também não existe legislação, embora seja de assinalar a publicação recente de um diploma – a Lei n.º 2/96/M, de 3 de Junho – que regula a dádiva, a colheita e a transplantação de órgãos e tecidos de origem humana – a regra consagrada é a de que, inversamente do que se passa em Portugal, só é dador quem expressamente o declare. Este diploma não trata da problemática da procriação assistida pois, como se refere no seu artigo 1.º, não se aplica à dádiva de óvulos e espermatozoides ou à manipulação de produtos da fecundação e embriões.

8 Sobre a problemática em redor da conveniência da existência de legislação, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Legislar sobre procriação assistida*. As posições extremas oscilam entre a afirmação de que ao cientista deve ser dada ampla margem de experimentação e liberdade e a afirmação de que deve haver controlos estritos sobre tudo o que altere o curso «natural» dos eventos.



Na área da procriação assistida, vieram a colocar-se – e colocam-se – inúmeras questões, resultantes do aumento da panóplia das técnicas disponíveis.

Perante várias hipóteses de infertilidade, em termos factuais é hoje possível – em alternativa ao recurso à adopção –, recorrer às seguintes técnicas:

- inseminação artificial homóloga;
- inseminação artificial heteróloga;
- fertilização *in vitro*;
- maternidade de substituição.

Há também que considerar as possibilidades criadas pelo surgimento de bancos de esperma.

Estas técnicas colocam desde logo o problema da sua admissibilidade. No plano *de jure constituto*, em que nos colocamos ao longo do presente escrito, na ausência de normas claras sobre a matéria, há que concatenar os dados constitucionais, as cláusulas gerais do direito privado e as escassas normas que já regulam aspectos parcelares e isolados da problemática da procriação assistida.

Por outro lado, sejam admissíveis ou não as técnicas em causa, sempre haverá que discutir os efeitos jurídicos resultantes dos nascimentos ocorridos naquelas particulares circunstâncias – e, em especial, o estabelecimento da filiação.

É o que tentaremos de seguida.

§ 2.º Inseminação artificial

1. Inseminação artificial homóloga

A inseminação artificial praticada em mulher casada pode ser homóloga ou heteróloga, conforme se faça com esperma do marido ou de terceiro. Trata-se de uma distinção da maior importância para o direito, com imediata relevância no plano da filiação.

A admissibilidade da inseminação artificial homóloga não suscita hoje⁹ grandes problemas. Trata-se de uma terapia destinada a ultrapassar problemas de

9 A primeira inseminação artificial homóloga terá ocorrido em 1785. Esta técnica suscitou reacções desfavoráveis, como a decisão do Tribunal de Bordéus de 1884 que a descreve como «se intrometendo entre marido e mulher, usando meios artificiais reprovados por lei natural e que poderiam, inclusivamente, em caso de abuso, criar um verdadeiro perigo social; interessa à dignidade do matrimónio que semelhantes procedimentos não sejam transpostos do domínio da ciência para o domínio da prática e que a justiça não sancione a sua utilização» (J. PORTEMER, *La situation juridique des enfants nés de la insémination artificielle*, in *L'anné canonique*, 1962, págs 79-80, cit. in JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação...*, pág. 20, nota 40). Nesta decisão estão presentes alguns dos argumentos de base ainda hoje usados para sustentar a inadmissibilidade ética das técnicas de procriação assistida: o carácter «não natural» ou artificial da intervenção, a «sacralidade» do casamento e o perigo eugénico.

fertilidade no casal. Os filhos nascidos através de inseminação artificial homóloga são filhos matrimoniais de ambos os cônjuges e a sua posição na família não corre quaisquer perigos derivados de complexidades sociológicas, biológicas, jurídicas ou outras¹⁰.

2. Admissibilidade da inseminação artificial heteróloga

A inseminação artificial heteróloga coloca mais problemas jurídicos dado que existe a intervenção de um terceiro.

Uma primeira questão será a de saber se a inseminação artificial heteróloga, em geral, deverá ser admitida¹¹. Muitas pessoas sentir-se-ão naturalmente confundidas com esta «mistura» ou «confusão» pois há três pessoas envolvidas numa situação que, desde sempre, «naturalmente» só contou com duas.

Em 1966, o legislador tomou posição sobre esta questão. O artigo 1799.º do Código Civil, na sua redacção inicial, dispunha que «A fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei».

Conforme afirma com toda a clareza ANTUNES VARELA¹², citando GOMES DA SILVA¹³, o artigo 1799.º nascia de «uma franca e declarada condenação ético-jurídica de todas as práticas de concepção e de gestação artificial do ser humano»¹⁴.

A situação alterou-se com a Reforma de 1977.

O art. 1839, n.º 3 do Código Civil, dispõe que o cônjuge que consentiu em inseminação artificial não pode impugnar a paternidade, pelo que será havido juridicamente como pai, apesar de não ser o pai biológico. Esta norma consagra um caso de inadmissibilidade de *venire contra factum proprium* – tornando juridicamente irreversível o consentimento prestado.

10 Cfr. LÜTTGER, *Medicina y derecho penal*, pág. 19.

11 O problema não está resolvido, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro. «É exclusivamente o propósito de prevenir perigos para a vida ou a integridade física que leva o legislador português a proibir a inseminação artificial ou a fecundação *in vitro* heterólogas com *esperma fresco*» – COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas técnicas biomédicas*, pág. 111.

12 Cfr. ANTUNES VARELA, *A inseminação...*, RLJ n.º 3846, pág. 268.

13 Que, no passo transcrito, considera, sem qualquer fundamentação, que a inseminação artificial heteróloga é uma «prática repugnante e condenável» – cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, loc. cit., nota 11.

14 Ou, conforme refere o autor, no seu estilo característico, «a firme condenação ética de todos os métodos repelentes, descobertos pelas ciências biológicas, da fabricação artificial do *ser humano*, da criação do Homem como quem planta batatas no quintal ou como quem cria pintos no galinheiro» (*Código Civil Anotado*, vol. V, pág. 30; itálico no original).

Sobre esta norma, comenta GUILHERME DE OLIVEIRA que «é óbvio que ela não se destina a admitir ou rejeitar esta modalidade de procriação assistida»¹⁵.

Afigura-se-nos que esta posição é demasiado prudente – a norma tem um maior significado.

Desde logo, pode argumentar-se que se o ordenamento rejeitasse por princípio a inseminação artificial heteróloga este regime não teria sentido – a lei penal conteria uma proibição, e a lei civil não conteria uma norma cuja previsão se refere à inseminação artificial heteróloga sem qualquer valoração negativa.

Parece claro que a norma nunca se poderia destinar a admitir aberta e frontalmente a inseminação artificial heteróloga. Com efeito, não se pode esperar de uma disposição inserida no capítulo do direito da filiação do livro de direito da família do Código Civil uma afirmação positiva da sua admissibilidade, pois seria por certo descabido que o legislador civil se aventurasse nesta sede – que, como é bom de ver, seria sistematicamente errada – a proclamar regras de direito da medicina. A sede própria de uma tal norma será um diploma destinado a regular as técnicas de procriação assistida.

Poder-se-ia dizer que a regulação prevista para esta questão parte apenas do princípio de que, em termos factuais, sempre poderão ocorrer práticas de inseminação artificial heteróloga, independentemente de toda a valoração que a este respeito se faça. Ou seja: mesmo que a inseminação artificial fosse expressamente proibida, poderia sempre ocorrer um nascimento em violação das proibições. Perante o facto consumado, sempre haveria que responder à questão do estabelecimento da paternidade. Assim, poder-se-ia invocar que a norma parte apenas de uma constatação de facto, e não representa uma valoração jurídica positiva da inseminação artificial¹⁶.

Porém, atendendo ao argumento histórico, julgamos que se poderá ver nesta norma mais do que a regulação dos efeitos de uma mera situação factual.

Com efeito, ao passo que não faria sentido inscrever no Código Civil uma norma destinada a legitimar positivamente a inseminação artificial heteróloga, o Código Civil, como se disse, já foi a sede de uma norma orientada a proscrevê-la: o artigo 1799.º, na redação originária. Assim, se esta norma foi revogada, é transparente a afirmação – para pegar nas palavras de ANTUNES VARELA – de que já não há uma franca e declarada condenação ético-jurídica da inseminação artificial heteróloga¹⁷. Há, pois, no mínimo, uma tolerância.

Ou seja: o n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil nunca se poderia destinar

15 *Aspectos...*, pág. 773

16 Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito e bioética*, pág. 453.

Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito e bioética*, pág. 453.

17 Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito e bioética*, pág. 453.

a afirmar a admissibilidade da inseminação artificial heteróloga, mas – de caso pensado – destina-se a não a rejeitar. Acompanhamos pois JOÃO ÁLVARO DIAS quando afirma que «tudo leva a crer, incluindo a posterior evolução legislativa, que ao legislador de 1977 não só não repugnava tal prática como, ao invés, a julgava, senão desejável, verificados certos condicionalismos médicos, pelo menos inevitável»¹⁸.

Assim, não se pode desvalorizar esta alteração do Código Civil. De resto, a conjugação com os desenvolvimentos na área penal só reforça a mesma ideia, pois no Código Penal tipifica-se tão-só a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga) sem consentimento da própria mãe (artigo 214.º). A lei penal apenas se preocupa em proteger a liberdade de e para a maternidade. A inseminação artificial com consentimento não é punida – não constitui ilícito penal. E é assim de caso pensado, como se vê dos trabalhos preparatórios¹⁹.

Assim, do Código Civil e do Código Penal fluem argumentos que permitem apontar para a licitude da inseminação artificial heteróloga. Estes diplomas não a proscovem, e esta proscricção, no passado, já aconteceu ou esteve projectada. É claramente um caso de silêncio significativo do legislador.

A inseminação artificial heteróloga visa a procriação – visa permitir o nascimento de um filho. Neste sentido, tudo indica que estará a coberto de normas constitucionais sobre o direito de procriar, pelo menos na vertente negativa, no sentido de que o Estado não a deve impedir, independentemente da questão de saber se a deve ou não incentivar. O interesse em procurar vias para solucionar ou remediar o problema da infertilidade não se pode deixar de considerar atendível. Em Portugal, a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, fornece uma clara indicação neste sentido. Parece de todo ultrapassada a argumentação de que a infertilidade seria um destino que se haveria de aceitar, sendo a adopção a solução²⁰.

Por outro lado, estamos no domínio do direito privado, onde imperam princípios de liberdade e autonomia.

Só restaria, a nosso ver, a possibilidade de considerar ilícita a inseminação artificial heteróloga por contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública. Cremos que a questão deve ser analisada sem preconceitos morais, religiosos ou outros. Conforme tem sido devidamente salientado pelos penalistas, a lei não deve servir para impor o respeito de certas concepções morais, religiosas ou outras – pelo menos em sociedades não confessionais e pluralistas.

Cabe ponderar que a inseminação artificial heteróloga é uma técnica que

18 *Procriação assistida...*, cit., pág. 76.

19 Cfr. COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas técnicas...*, pág. 117.

20 Postura que foi defendida na Alemanha nos anos 60; cfr. HANS LÜTTGER, *Medicina y derecho penal*, pág. 19.

envolve incómodos, despesas, intervenções cirúrgicas (porventura dolorosas, como parece ser a extracção de óvulos) a que as pessoas recorrerão não por mero impulso, moda ou devaneio, mas sim pela necessidade de satisfazer o instinto de maternidade e paternidade através da procriação de um filho que pelo menos possua elementos genéticos de um dos progenitores – o que não sucede na adopção. Será imoral ou contrária aos bons costumes esta satisfação de um dos impulsos básicos do homem? Não seria razoável esta afirmação, que só poderia provir do pré-juízo da intolerabilidade de toda a «interferência» de terceiros na procriação de um casal. Este parece ser aliás o pressuposto de que arranca a argumentação de ANTUNES VARELA, que, porém, não a fundamenta²¹. Tratar-se-á porventura de uma particular concepção moral ou religiosa. Em qualquer dos casos, não vemos argumentos para que assim deva ser. E, conforme refere ESER, «não é a liberdade que necessita de ser fundamentada, mas sim as restrições que ela sofre»²².

Em conclusão, não parece que se coloquem hoje obstáculos à admissibilidade jurídica da inseminação artificial heteróloga.

3. Estabelecimento da filiação no caso de inseminação artificial heteróloga

Face à redacção originária do Código Civil, a inseminação artificial era considerada irrelevante para o estabelecimento da filiação. Se tivesse havido inseminação heteróloga, o filho seria havido como filho legítimo do casal.

O legislador de 1966 deu-se pois conta da existência de novas técnicas de procriação assistida, e a sua reacção foi primária: baniu-as para o domínio da irrelevância jurídica. O raciocínio poderá ter sido o de que seria uma prática reprovável mas que como tudo se passaria na privacidade de uma clínica ou hospital deveriam prevalecer as aparências e as presunções legais. Por outro lado, o legislador poderá ter também ponderado que qualquer atitude que não fosse a reprovação moral poderia abrir uma caixa de Pandora de situações extremamente complexas e confusas de todos os pontos de vista – pelo que o melhor seria tudo proibir.

21 Poder-se-á especular se será uma ideia de intocabilidade. O autor, citando GOMES DA SILVA, adianta que a procriação artificial – expressão que prefere – é «artificial no sentido de contrária aos próprios moldes da natureza» (loc. cit., nota 12). É evidente que, em certo sentido, assim é: há uma actuação humana sobre a concepção e ulterior gestação. Neste sentido, tudo é «artificial». Mas daqui não se pode deduzir, sem mais, a imoralidade e inadmissibilidade da inseminação artificial heteróloga. De resto, não há filhos artificiais. Cfr., no mesmo sentido, as observações de ANTUNES VARELA sobre os direitos pessoais, em que manifesta dúvidas sobre se serão direitos subjectivos (*Das obrigações em geral, ...*).

22 ALBIN ESER, *Genética humana*, pág. 51.

Porém, o legislador de 1966 parece não se ter dado conta da possibilidade de o esperma ser manipulado contra a vontade da pessoa ou da possibilidade de a mulher ser inseminada com esperma de terceiro sem o consentimento do marido.

Como se sabe, e já foi referido, as valorações morais subjacentes à regulação do direito da família mudaram bastante em 1977²³. Por outro lado, o legislador deu-se conta das possibilidades acabadas de referir.

Conforme já se referiu, o artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil, resultante da Reforma de 1977, dispõe que o cônjuge que consentiu em inseminação artificial não pode impugnar a paternidade, pelo que será havido juridicamente como pai, apesar de não ser o pai biológico. Esta norma consagra um caso de inadmissibilidade de *venire contra factum proprium*, que assim torna juridicamente irreversível o consentimento prestado. O regime do n.º 3 do artigo 1839.º visa pois evitar que o filho fique juridicamente sem pai.

Se a inseminação artificial não foi consentida, o cônjuge que nela não consentiu poderá impugnar a paternidade, conforme se deduz *a contrario* do n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

Esta é uma alteração de fundo em relação ao regime anterior, em que a paternidade legítima era atribuída ao marido *ainda que este não tivesse consentido* na inseminação artificial heteróloga²⁴. A «condenação ético-jurídica» da inseminação artificial redundava afinal na possibilidade da atribuição forçada da paternidade legítima ao marido da mãe – ou seja, *contra a sua vontade* – mesmo que este não fosse o pai biológico, o que era uma violação da liberdade de e para a paternidade.

A liberdade de procriar, na sua vertente negativa – o não querer ser pai – é violada se se impuser um filho contra a vontade de uma pessoa, mesmo no caso de se tratar do progenitor biológico. De resto, por esta razão, o espírito do legislador de 1977 pode ter sido a consideração de que a norma então em vigor poderia ser considerada inconstitucional.

Pode pois dizer-se que o n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil permite dar resposta à possibilidade de o esperma ser manipulado contra a vontade da pessoa ou à possibilidade de a mulher ser inseminada com esperma – de terceiro ou mesmo do marido – sem o consentimento do marido.

Em todos estes casos, o consentimento do marido é o critério de decisão, podendo pois dizer-se que se dá por esta via, no plano civil, a tutela da liberdade de e para a paternidade.

23 COSTA ANDRADE compara a evolução à ocorrida, no âmbito penal, no tratamento dos crimes sexuais – cfr. *Consentimento...*, pág. 499, nota 399. Como se sabe, estes eram, até recentemente, considerados como crimes contra os valores morais.

24 Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, pág. 28 e seg.

Assim, mesmo que o esperma seja do próprio marido – inseminação artificial *homóloga* – este poderá impugnar a paternidade, embora tenha contra si a força das presunções legais e seja de facto o pai biológico, pois não é exigível que seja pai, com todas as consequências legais, contra a sua vontade.

Como resultado – que se tem de aceitar – o filho não terá pai. É a consequência de a biotécnica moderna ter criado a possibilidade de alguém ser pai contra a sua vontade.

Se a própria mulher não consentiu, o facto é punível criminalmente – artigo 162.º do Código Penal de Macau – e a mulher poderá licitamente abortar²⁵ até às 12 semanas de gravidez. Porém, se a gravidez não for interrompida parece que já não poderá impugnar a maternidade – diferentemente do pai, a mãe tem ainda a possibilidade de corrigir a situação, interrompendo a gravidez não desejada.

Em suma, parece criterioso, justo e conforme à Constituição o regime civil e penal vigente sobre inseminação artificial.

§ 3.º Maternidade de substituição

i) Introdução

A maternidade de substituição (*surrogate motherhood*) é uma realidade tornada possível pelas novas técnicas de procriação assistida.

Existem várias possibilidades na configuração deste arranjo contratual²⁶.

O caso que prevalentemente nos ocupará é o de uma mulher se obrigar a ter um filho, que geneticamente não é seu, e a entregá-lo, após o nascimento, ao casal (que serão normalmente os pais genéticos – embora também possa suceder que o óvulo, o esperma ou ambos provenham de dadores) a pedido de quem a gravidez se iniciou. Esta hipótese pressupõe que a mulher que pretende ter o filho

25 Em Macau, a interrupção voluntária da gravidez está regulada fora do Código Penal, no Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, que, porém contém uma disciplina em tudo igual à que vigora em Portugal. A decisão de destacar do Código Penal esta matéria terá que ver com a previsão de que após 1999 esta matéria será descriminalizada.

Uma das indicações que torna lícita a interrupção voluntária da gravidez é a chamada indicação criminológica – o facto de a gravidez ter resultado de crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual. E com efeito, a inseminação artificial não consentida inclui-se no capítulo assim denominado – embora seja justificado o reparo de que o bem jurídico em causa não é propriamente a liberdade ou autodeterminação sexual mas sim a liberdade de e para a maternidade. Tratam-se de realidades distintas, uma vez que se tornou possível dissociar a procriação do acto sexual.

26 Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só (uma) duas!*, pág. 8 e seg.

tem ovulação mas não pode suportar uma gravidez.

A questão de saber quem é a mãe já não surge, no plano *de jure constituto* em que nos colocamos, naqueles casos (adulterio consentido; inseminação de esperma de dador em mulher terceira) em que a mulher de quem provêm os gâmetas (que denominaremos de mãe genética) e a mulher que tem a gravidez (que denominaremos de mãe uterina) são uma e a mesma pessoa. Estes casos parecem absolutamente claros e portanto não os consideraremos.

Duas grandes questões se colocam: o estabelecimento da filiação e a validade do contrato.

Estas questões estão ligadas, embora – como se procurará demonstrar – assumam precedência a questão de saber quem é, para o direito, a mãe.

Quem sustente que, juridicamente, é mãe a mãe genética, dirá que apenas resta reclamar a entrega do filho (cfr. artigo 1887.º) e, como tal, a segunda questão será resolvida no sentido de afirmar a validade do contrato. Trata-se da posição minoritária.

Quem diga que mãe é a mulher que tem a gravidez, sustentará a invalidade do contrato, seja devido à irrenunciabilidade antecipada do estatuto jurídico de mãe ou à contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública. Trata-se da posição maioritária.

O pressuposto jurídico de base é pois o de saber quem é, para o direito, a mãe.

ii) Estabelecimento da maternidade

Até aqui, o estabelecimento da maternidade era o mero reconhecimento pelo direito de uma situação de facto clara e indiscutível. Porém, a possibilidade de destringir entre a mãe genética e a mãe uterina impõe ao direito que seja tomada uma opção, pois é juridicamente inadmissível que alguém tenha duas mães, embora seja de alguma forma isso o que se passa no plano dos factos.

O problema coloca-se no caso em que, após fertilização *in vitro*, a gravidez é tida por uma mulher que não forneceu gâmetas. Se tal tiver ocorrido não restam dúvidas de que a mulher que tem uma gravidez resultante de óvulo seu deve ser juridicamente considerada como mãe, restando a via da adopção.

Segundo a doutrina dominante, deverá considerar-se juridicamente como mãe a mulher que teve a gravidez e deu à luz, e não a que forneceu o óvulo²⁷.

Este argumento é tirado do teor literal do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil, que dispõe que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do

27 Cfr. ANTUNES VARELA, *A inseminação...*, RLJ, 3852, pág. 67 e seg.; GUILHERME DE OLIVEIRA (*Mãe...*, pág. 73 e seg.; *Aspectos...*, pág. 787) apenas invoca o art. 1796, n.º 1, do Código Civil e refere que se trata da solução consagrada nos sistemas jurídicos que conhece.



nascimento. A valia deste argumento será diminuta, pois a norma do Código Civil terá provavelmente sido redigida sem consideração específica desta questão²⁸. A realidade subjacente à lei tornou-se complexa onde antes era simples e evidente e, neste quadro, não basta invocar argumentos de ordem literal²⁹.

Aliás, o argumento literal pode facilmente ser levado para qualquer das direcções possíveis. Assim, de uma banda, pode dizer-se que o nascimento é o parto. Mas, de outra banda, pode dizer-se que o nascimento é o culminar de um processo que se inicia com a fecundação – momento capital para a definição biológica do novo ser, em que se fixam as suas características genéticas.

A posição que considera mãe a hospedeira tem a seu favor todo o peso da tradição e da doutrina. Pende-se assim a favor da mulher que tem a «experiência da maternidade» (a gravidez e o parto), em desfavor da verdade genética.

Contra esta posição se pronunciou OLIVEIRA ASCENSÃO, inclinando-se para que seja considerada mãe a mulher de quem provêm os gâmetas: é filho quem provém da mesma estirpe dos pais³⁰.

Quanto às consequências práticas desta posição, não deixam de impressionar os argumentos invocados por este autor, relativos ao funcionamento dos impedimentos matrimoniais³¹ e ao estabelecimento da paternidade caso tenha

28 Podendo dizer-se, com VIDAL MARTÍNEZ (*Las nuevas formas ...*, pág. 21), que as bases biológicas do direito da filiação foram de algum modo subvertidas, criando-se um desajustamento entre os factos e o direito. Assim, não bastará invocar, sem mais, a letra do art.º 1796, n.º 1.

29 Escreve PEREIRA COELHO: «Dispondo que, relativamente à mãe, a filiação “resulta do facto do nascimento”, o artigo 1796.º do Código Civil sugere que a mãe é a mãe *gestatrix*, mas é óbvio que a intenção do preceito foi dizer que o estabelecimento da maternidade não depende de um acto de “reconhecimento” da mãe (“sistema da filiação”), e não parece *leal* atribuir à norma um sentido que manifestamente não era o seu.» – cfr. *Procriação assistida com gâmetas do casal*, pág. 11 (aspas e sublinhados no original). Vejam-se os pontos 25 e 26 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

30 Cfr. *Direito e bioética*, pág. 450, nota 51. O autor escreve: «A lei refere o nascimento porque pressupõe sempre a coincidência entre quem gera e quem dá à luz; porque a lei funda como princípio a paternidade na derivação genética. Havendo uma hospedeira, a ligação genética falha, e não encontramos regra que permita fundar excepcionalmente a maternidade jurídica. Diríamos assim que a mãe hospedeira dá à luz, mas não é juridicamente mãe». Em reforço desta posição poder-se-á invocar a abertura do legislador à verdade biológica (cfr. artigo 1801.º).

31 Figure-se a seguinte hipótese, a que parece aludir o autor (loc. cit., pág. 457, nota 50). A e B são casados. A não pode engravidar. São concebidos, *in vitro*, dois embriões cujos gâmetas provêm de A e B.

Um embrião é implantado em C, outro em D. Posteriormente, C e D recusam-se a entregar as crianças, E e F, que são de sexos opostos. Assim, E é registada e criada como filha de C e F é registado e criado como filho de D.

Podem E e F casar? Geneticamente, são irmãos (parentes no segundo grau da linha colateral). O impedimento previsto no artigo 1602.º, a), deveria funcionar.



havido inseminação artificial³².

Trata-se de um dilema em que se impõe a tomada de uma decisão valorativa, que trará implícita uma posição quanto à admissibilidade da prática da maternidade de substituição.

iii) Validade do contrato de gestação

A questão de base colocada por este contrato é justamente a da sua admissibilidade ou validade. A obrigação de entregar o filho não será válida se o contrato for nulo.

A questão está em saber se um tal negócio, em face de todos os valores em presença, deve ser juridicamente tutelado ou se, pelo contrário, repugna ao direito.

Em primeiro lugar, é de salientar que o direito comparado – designadamente os vários Estados dos EUA – nos dá a panóplia das hipóteses possíveis.

Assim, a reacção dos sistemas jurídicos onde existe legislação ou jurisprudência sobre o contrato de gestação pode ser uma de três hipóteses:

a) Abolição, estabelecendo-se a nulidade do contrato. Esta atitude pode ser acompanhada de normas penais, designadamente a proibição de agências promotoras da maternidade de substituição. O projecto de diploma português aponta neste sentido, embora não criminalize o contrato³³.

Talvez se pudesse retorquir que o art.º 1603 admitiria a prova da maternidade genética. Mas tal seria admitir uma grave contradição entre esta norma e o n.º 1 do artigo 1796.º Assim, esta hipótese demonstra que a maternidade genética não pode ser banida para o domínio da irrelevância jurídica.

32 Figure-se a seguinte hipótese, a que parece aludir o autor (loc. cit., pág. 457).

A e B são casados. A não pode engravidar.

A e B acordam com C que esta terá uma gravidez resultante de gâmetas de A e B, após o que entregará a criança. O processo dá-se por inseminação artificial. C é casada e o seu marido, D, consentiu em todo o processo.

C recusa a entrega da criança.

Se for considerada mãe – e deverá sê-lo, de acordo com a doutrina dominante – o marido não poderá impugnar a paternidade, em face do teor do artigo 1839.º, n.º 3. E o argumento de que a criança seria para entregar a outro casal não procederá em virtude da nulidade do contrato. Tornar-se-á irrelevante o facto de que este homem nem é o pai genético nem queria ser pai “social” desta criança.

Poder-se-ia talvez contra-argumentar com uma interpretação restritiva, por considerações teleológicas, do artigo 1839.º, n.º 3. Poder-se-á dizer que esta norma só visa os casos em que o consentimento é dado pelo cônjuge com vista a trazer a criança para a família (usando esta expressão, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento...*, pág. 85). Por outro lado, esta interpretação seria reforçada com a necessidade de respeitar a liberdade de e para a paternidade. Em todo o caso, trata-se de uma objecção que a posição minoritária não enfrenta.

33 Cfr. os artigos 5.º e 47.º do projecto elaborado pela COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, in *Utilização de técnicas de procriação*

b) Posturas intermédias, como a permissão dentro de apertados requisitos ou a exigência, sob pena de nulidade do contrato, de que não haja compensações pecuniárias. Esta atitude também pode ser acompanhada de normas penais³⁴.

assistida (projectos), pág. 35 e segs.

Ponderemos por um momento a hipótese de o contrato de gestação ser criminalizado. Tratar-se-ia de uma solução algo radical, que não temos vista defendida por autores portugueses.

Se se proibisse penalmente o contrato de gestação, estar-se-ia de pleno na problemática dos crimes sem vítima (neste sentido, referindo-se genericamente aos problemas colocados pelas novas técnicas de procriação assistida, cfr. COSTA ANDRADE, *Direito penal e modernas...*, pág. 102), pois tratar-se-ia de o Estado interferir em condutas de adultos, em privado, que não causam danos a pessoas ou bens de terceiros, o que é político-criminalmente condenável (trata-se de tema recorrente na obra de FIGUEIREDO DIAS; cfr., por último, *O Código Penal português de 1982 a sua reforma*, pág. 168, onde se escreve que «...o direito penal só pode e deve intervir para *protecção de bens jurídicos*, não para tutela de normas morais ou de uma qualquer moral»; *itálico no original*).

No contrato de gestação é inquestionável a liberdade dos intervenientes (salvo situações anormais); neste sentido, escreve GUILHERME DE OLIVEIRA (*Mãe há só (uma) duas!*, pág. 40): «no acordo de pagamento da gestação para outrem, a faculdade pessoal de gerar é objecto de uma prestação livremente negociada, de acordo com o poder contratual das partes»; e também (pág. 82) «...o acordo de gestação é um acto livre (...): não há, em princípio, qualquer lesão da autonomia pessoal, da livre determinação do indivíduo».

A questão da tutela da moralidade não se esgota no problema da criminalização ou não do contrato. A posição que sustenta a sua nulidade em face do direito civil, ao negar a tutela jurisdicional, está da mesma forma a dar corpo a uma postura de não tolerância, pois não atribui relevância à livre vontade dos intervenientes.

- 34 Na Inglaterra, a mãe uterina é havida pelo direito como mãe, mas permite-se que o tribunal, verificadas certas condições, entre as quais o consentimento da mãe uterina, declare (*section 30 orders*) pais originários o casal (*commissioning couple*) que desencadeou o processo; porém, por princípio, a lei declara que o contrato é nulo e a lei penal proíbe as agências que se dediquem à promoção da maternidade de substituição (cfr. Bromley, *Family law* ⁸, pág. 260 e segs.).

Trata-se de uma postura intermédia ou híbrida pois, apesar de se dispor que o contrato é nulo, é possível o estabelecimento *ab initio* da filiação do *commissioning couple*. As condições são: o pedido deve ser feito no prazo de 6 meses após o nascimento, por pessoas casadas entre si, a criança deve estar a residir com este casal (sinal de que tudo correu bem, pois não houve recusa de entregar a criança...), deve haver o consentimento da mãe uterina (que só pode ser validamente prestado 6 semanas após o parto), não deve ter havido o pagamento de quaisquer compensações monetárias (salvo o reembolso de despesas) e, em, geral, não deve ter sido violada a legislação penal relativa às agências.

A solução do direito inglês – admissibilidade da prática como forma de estabelecer a filiação, satisfeitos certos requisitos, mediante decisão judicial, mas com proibição de exploração lucrativa e de publicidade – parece-nos algo contraditória, e demonstra cabalmente que estamos num domínio que contende com a moralidade. É caso de se dizer, com COSTA ANDRADE (escreve este autor: «Uma observação atenta das soluções plasmadas em todos os tempos e lugares, permitirá concluir como, na prática, são invariavelmente as soluções compromissórias que, apesar de minadas por antinomias e aporias, acabam por ganhar corpo.» – *Consentimento e acordo em Direito penal*, 391, nota 83), que o direito é por vezes tudo menos lógico e racional.

As posturas intermédias, quando não devidamente formuladas, têm muitas vezes a deficiência de procurarem conciliar o inconciliável e, como tal, se expõem a críticas de ambos os lados.

c) Permissão, declarando-se que a mãe genética é para o direito a mãe e que como tal o contrato é válido e eficaz, admitindo-se contratos remunerados. Esta é a situação na Califórnia, na sequência da decisão *Johnson v. Calvert*, de 1993. Pode portanto exigir-se a entrega da criança no caso de fertilização *in vitro*³⁵. São admitidas agências que visam a promoção de contratos de gestação e é admitida a publicidade.

Feita esta introdução das reacções possíveis do direito, analisemos argumentos relativos aos valores em presença, ou ao peso que estes devem ter.

Os autores que apoiam a inadmissibilidade do contrato de gestação tendem a fundamentá-la com argumentos de pendor apriorístico ou essencialístico. Assim, para CAPELO DE SOUSA, trata-se de prática contrária à ordem pública e aos bons costumes³⁶. Porém, este autor não fundamenta a sua posição.

COSTA ANDRADE³⁷, procurando fundamentar esta solução, afirma que «não será arriscado acreditar que esta prática contraria os sentimentos e as representações dominantes na sociedade portuguesa». O autor parece assim apelar implicitamente à noção de bons costumes. Conforma salienta MENEZES CORDEIRO, a noção de bons costumes corresponde à moral social, em certas áreas de actuação sexual e familiar e da deontologia profissional³⁸. É algo de exterior,

35 Thomas Pinkerton, *California surrogacy law*, <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.htm>. Sobre o funcionamento prático das agências veja-se, por exemplo, a *home page* do *Center for Surrogate Parenting & Egg Donation, Inc.* (<http://www.surroparenting.com/>), situado em Beverly Hills, Califórnia. Em suma, nesta agência os casais que pretendem ter o filho e a mãe substituta escolhem-se mutuamente, com aconselhamento. O centro refere que apenas uma em cada 20 candidatas a mãe de substituição são aceites, devido a exigente selecção. Este centro só aceita mulheres entre os 21 e os 35 anos, que já sejam mães e que não estejam a receber qualquer forma de apoio ou subsídio estadual. São verificados os registos criminal e estradal. É também necessário realizar um exame de fertilidade e uma entrevista de aconselhamento. A mãe substituta recebe USD\$ 15,000 no caso de inseminação artificial ou USD\$ 12,000 no caso de fertilização *in vitro* (bem como recebe quantias com vista ao pagamento de roupas de grávida, deslocações e outras despesas). As despesas médicas são pagas pelos pais genéticos. A mãe substituta é acompanhada durante toda a gravidez.

O contrato a celebrar (cfr. <http://www.surroparenting.com/Legal.html>) deve, entre outras matérias, dispor sobre a filiação da criança; sobre custos a suportar pelo casal que pretende a criança; excluir a responsabilidade da mãe hospedeira no caso de a criança nascer com malformações; consentimento (devendo todas as partes fazer-se acompanhar de advogado); testes médicos (incluindo SIDA) a ser feitos por todas as partes; conservação de registos médicos; seguros; aconselhamento; etc.

36 *O direito...*, 226, nota 466.

37 Cfr. *Direito penal e modernas técnicas biomédicas*, pág. 119.

38 *Da boa fé...*, II, pág. 1223. Para ANTUNES VARELA, está em jogo a moralidade e o «decoro social». Escreve o autor: «Cabem aqui [no conceito de bons costumes] as prestações

que delimita a autonomia privada³⁹.

Posto o problema no plano da moral social, não temos por líquido que a afirmação de COSTA ANDRADE não seja de facto arriscada⁴⁰. A este propósito, havendo remuneração, são inevitáveis os paralelos com outras situações eticamente duvidosas, como a prostituição. O problema é claramente uma questão de maior ou menor tolerância social ⁴¹.

que, a despeito de não serem punidas criminalmente ou feridas com outro tipo de sanções legais expressas, repugnaria à consciência ou à sensibilidade das pessoas de sã formação que desfrutassem da tutela da lei» (*Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 762).

39 *Da boa fé...*, II, pág. 1213.

40 Ter-se-á que indagar quais as representações morais da sociedade portuguesa ou macaense (e a sua relevância jurídico-civil). Porém, dada a novidade do tema, as respostas poderão ser inconclusivas. Por outro lado, da Constituição fluem directrizes no sentido de uma sociedade aberta, tolerante e plural. Em todo o caso, é a sociedade portuguesa predominantemente rural ou urbana? Conservadora ou liberal? Católica ou agnóstica? Fechada ou aberta?

A discussão destas questões requer uma análise serena, aprofundada e racional. Não se pode ceder ao superficialismo, ao mero sentimento e à emoção – ao “que horror!” que poderá ser a reacção inicial de quem lê num jornal sensacionalista uma reportagem sobre um caso de maternidade de substituição.

41 Já acima (cfr. nota 2) se referiu que, no plano penal, estaríamos no domínio dos crimes sem vítima. O mesmo sucede com a prostituição, não punida penalmente, mas considerada pelos civilistas como contrária aos bons costumes (cfr. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...*, pág. 264, nota 629). Escreve GUILHERME DE OLIVEIRA (*Mãe há só...*, pág. 26): «É pelo menos tão difícil admitir que se possa comprar uma gestação como comprar «serviços sexuais» no domínio da prostituição». E, diríamos nós, a analogia resultaria de que no contrato de gestação haveria a venda de «serviços reprodutivos»; haveria também uma analogia entre as agências que promovem a maternidade de substituição e o lenocínio.

Em relação à analogia com a prostituição, diríamos que parecem haver, do ponto de vista moral, diferenças significativas entre a venda de favores sexuais e a gestação de uma criança, que é um processo doloroso e prolongado.

Em relação à analogia com o lenocínio, cabe atentar em que a punição só se dá se houver exploração de uma situação de abandono ou necessidade (cfr. o artigo 163.º do Código Penal de Macau e o artigo 170.º do Código Penal de Portugal). Caso contrário, a organização empresarial da prostituição não constitui ilícito penal, tendo sido descriminalizado o chamado «proxenetismo» (o viver à custa do «ganho imoral de prostituta», na expressão da redacção originária do Código Penal de 1982; cfr. *Actas...*, pág. 258). Naturalmente que serão raros os casos em que uma pessoa se entregue à prostituição de livre vontade. Mas perante tal eventualidade, o legislador penal, fiel ao seu programa político-criminal liberal (o princípio de que as condutas voluntárias de adultos, em privado, que não causem danos a terceiros, não são matéria que deva ser punida criminalmente, por mais imorais que sejam; cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma*, pág. 170), optou por não intervir. Uma analogia com a prostituição conduziria pois a que apenas no caso de a mulher ter a sua vontade de algum modo afectada se poderia criminalizar as agências promotoras da maternidade de substituição. Se se criminalizasse para além deste limiar estar-se-ia a tutelar penalmente uma visão da moralidade.

COSTA ANDRADE afirma igualmente que é posto em crise «o baluarte do direito da filiação: *mater semper certa est*». Sobre isto, diríamos que são os factos que efectivamente obscurecem este aforismo.

Feita esta curta análise no plano moral, passemos a analisar um argumento que se pretende extrair do direito positivo.

GUILHERME DE OLIVEIRA aplica por analogia o n.º 3 do artigo 1982.º, segundo o qual o consentimento para a adopção só pode ser dado um mês (em Portugal, 6 semanas) após o parto⁴². E conclui pela nulidade do contrato de gestação: se o consentimento só pode ser dado um mês após o parto, será nulo antes desse momento. Assim, será nulo o contrato de gestação – que é por definição celebrado em momento muito anterior: antes da gravidez se iniciar⁴³ – por constituir uma negociação sobre estados pessoais não admitida por lei e, como tal, contrária à ordem pública. A maternidade só após aquele prazo poderá ser renunciada, mediante consentimento para adopção.

A criança poderá, pois, apenas ser adoptada pela mãe genética, nos termos gerais.

Este argumento, a nosso ver, pode ser rebatido.

Pomos de parte as questões prévias de saber se há ou não uma lacuna e, se sim, de que espécie, e ainda a questão de saber se há ou não analogia entre a adopção e o contrato de gestação⁴⁴.

Observaremos apenas que – e este é o argumento decisivo – a intenção da norma invocada é evitar decisões precipitadas da mãe, dando-lhe algum tempo

42 *Aspectos...*, pág. 787; *Mãe...*, pág. 62.

43 Este é também o ponto de vista adoptado no projecto de diploma português (cfr. COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Relatório in Utilização de técnicas de procriação assistida (projectos)*, pág. 28). Que, assim, incorre nas críticas que suscita esta postura, adiante desenvolvidas no texto, e ainda na crítica adicional de que invoca um argumento *de jure constituto* retirado da legislação ordinária para fundamentar um ponto de vista *de jure constituendo*.

44 Não sem aqui chamarmos a atenção para as diferenças entre os dois institutos, claramente exposta por GUILHERME DE OLIVEIRA, que escreve (*Mãe...*, pág. 54 e seg.), referindo-se ao argumento de que não faz sentido admitir a adopção e não admitir o contrato de gestação: «Este argumento dá por assente que existe uma semelhança óbvia entre a adopção e o acordo de gestação e entrega do filho; mas essa semelhança não é nada evidente.

O instituto da adopção, tal como regressou aos sistemas jurídicos que conhecemos, é um instrumento de protecção da infância desvalida que se acrescenta às variadas prestações sociais e a todos os mecanismos de defesa das crianças. É, pois, um instituto organizado em torno dos interesses do adoptando, como facilmente resulta da sua regulamentação. É, digamos ainda, um remédio para as crianças que não têm pais ou para as crianças cujos pais não podem desempenhar o seu papel. Pelo contrário, o acordo de gestação não visa defender o interesse de uma criança necessitada, mas sim o interesse de um casal infértil que quer ter uma criança em sua casa. Será, portanto, um remédio para os adultos que não têm filhos».

após o que poderá decidir do destino da criança. A norma parte do princípio de que a mãe é mesmo a mãe, em sentido biológico e jurídico.

Porém, é este o problema que se discute: saber quem é, para o direito, a mãe.

É, portanto, uma petição de princípio dizer-se que a mãe só pode validamente consentir após um mês ou 6 semanas, daí resultando que qualquer consentimento anterior é inválido, de onde a nulidade do contrato. Só assim será se a mãe uterina for a mãe jurídica, o que está por apurar. Se a mãe uterina não for havida pelo direito como mãe, não poderá consentir em dar a criança para adopção, antes ou depois de qualquer prazo, por falta de legitimidade.

De resto, considerando GUILHERME DE OLIVEIRA a mãe uterina como mãe jurídica, essa norma aplicar-se-á directamente e não por analogia.

Assim, a posição analisada é correcta no sentido de que a maternidade é inegociável, salvo o regime da adopção – posto que se saiba quem é a mãe.

Com isto julgamos ter demonstrado que a questão básica, com precedência lógica, é a de saber quem é a mãe. Dela derivará a resposta à questão da validade do contrato de gestação e também a resposta à questão de saber se há ou não crime de falsificação do estado civil no caso de a mãe genética ser registada como mãe⁴⁵. Porém, não a temos visto discutida com pormenor, quer na sua essência quer nas suas consequências. Qual das mães se deverá considerar como sendo «a verdadeira mãe» e porquê?

Para esclarecer esta questão, importa agora proceder a uma análise no plano das consequências práticas das posições em presença.

Assim, neste prisma, sustentar-se a nulidade do contrato significa na prática atribuir como que um «direito de opção» ou de arrependimento. Está-se a conceder tutela jurídica a um caso de *venire contra factum proprium* por parte da mãe uterina, que pode decidir ficar com a criança – e, *note-se bem, poderá até dá-la para adopção por terceiros*, o que não parece um resultado desejável⁴⁶. Esta posição obriga a seguir a via da adopção, o que não deixa de ser uma inversão, pois do registo constará que a mãe é a mãe uterina, e que mãe adoptiva é a mãe genética.

Importa também ponderar outro tipo de consequências das posições assumidas. Toda a discussão travada até aqui se baseia na necessidade de buscar uma solução para a questão de saber qual deve ser a postura do direito no caso de a mãe uterina se recusar a entregar a criança, havendo, pois, duas pessoas interessadas na criança. Esta é a situação de crise que tem dado origem a mais discussões.

Porém, não é a única.

Um outro problema – bastante grave – pode ocorrer: o nascimento da criança

45 Sobre esta questão, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe...*, pág. 67.

46 Pode até facilmente figurar-se a hipótese de uma pessoa de menos escrúpulos exigir pagamentos em dinheiro aos pais genéticos.

com malformações. *Quid juris* neste caso? Por conta de quem «corre o risco» da ocorrência de malformações? Aqui tenderá a ocorrer a situação inversa: poderá suceder que ninguém queira ficar com a criança⁴⁷. Aqui a solução deverá ser a de que, naturalmente, a mãe deverá ficar com a criança (a «sua» criança). Mas quem é a mãe?

A postura que defende a ilicitude do contrato de gestação faz correr este risco por conta da mãe uterina – os pais genéticos poderão não querer adotar a criança⁴⁸, e não podem ser obrigados a tal. A mãe uterina ver-se-á então constrangida a ficar com uma criança com malformações, quando em princípio não ficaria com criança alguma. Parece, pois, que, nesta lógica, quem tem um direito de opção no caso de haver malformações (no caso de as coisas correrem mal, no fundo) são os pais genéticos...

Se a mãe for a mãe genética, e atribuída a filiação *ab initio* ao casal infértil, o risco corre por conta dos pais genéticos, o que parece justo.

Concluimos assim que, no plano das consequências práticas, atingir-se-ão resultados mais equilibrados se se considerar que a mãe é a mãe genética.

§ 4.º Considerações finais

Em jeito de conclusão, diremos que concordamos com o regime vigente sobre inseminação artificial.

Quanto à maternidade de substituição, *de jure constituto*, vimos que:

no plano moral a questão é altamente discutível;

no plano do direito positivo – rebatidos que foram os argumentos que se pretendem extrair da lei civil vigente – não há qualquer indicação segura na lei civil;

no plano das consequências práticas parece mais justo optar pela mãe genética;

a questão com precedência lógica é a de saber quem é a mãe.

O critério da maternidade é assim a questão fulcral em discussão⁴⁹. Refira-se

47 Conforme refere GUILHERME DE OLIVEIRA, «... todos os intervenientes no contrato tenderão a rejeitar a criança quando ela, por força de quaisquer diminuições, não dê garantias de vir a ser um indivíduo normal (como quer que se defina este padrão)» (*Mãe...*, pág. 34).

48 Escreve GUILHERME DE OLIVEIRA: «Não tenho dados para fazer afirmações seguras, mas admito que um casal que pague bastante para ter uma criança em casa queira ter uma criança saudável e seja pelo menos tentado a evitar o ónus de receber um bebé doente.» (*Mãe...*, págs 34-5).

49 Atentemos nas considerações de GUILHERME DE OLIVEIRA a este propósito (*Mãe...*, págs. 74 e seg.; pág. 76; itálicos nossos):
«O parto, além do valor social ou emocional que tem, constitui o fundamento de uma presunção de que a mulher que gerou também forneceu o óvulo; isto é, de que a mãe geradora também é a mãe genética. Esta presunção só podia ser considerada uma presunção irrefragável, até agora.

que a verdade biológica – tão encarecida pelo nosso sistema jurídico – parece estar do lado da mãe genética.

De jure constituendo, sem prejuízo de um melhor estudo da matéria, somos favoráveis a considerar a mãe genética como mãe para o direito e, como tal, admitir a licitude do contrato de gestação. A ilegalização da maternidade de substituição significaria para um casal infértil que, perante a impossibilidade da mulher em manter uma gravidez, não teria o casal o direito de ter um filho com o património genético do casal. De alguma forma, a satisfação de ter um filho inclui o saber-se e ver-se que o filho é «moldado à imagem dos pais», dada a transmissão das características genéticas. O casal teria, pois, de recorrer à inseminação artificial heteróloga (se admitida) ou à adopção. Haveria aqui uma limitação do direito de procriar. Por outro lado, nascendo um filho em contravenção das normas vigentes, este seria, pois, um filho «ilícito», o que parece indigno. É contrário aos nossos instintos que dar vida ou contribuir para um nascimento possa ser ilícito (*maxime* penal – porém, como vimos, nenhum autor advoga a criminalização do contrato de gestação, em nome do mais elementar realismo).

Somos favoráveis à admissão de agências que promovam a celebração do contrato de gestação. Esta postura é consequência lógica da anterior. Se uma prática é admitida, deve aceitar-se como natural a existência de um mercado lícito – com a regulamentação estatal que for necessária – em que a oferta e a procura se encontrem. Numa sociedade capitalista como a nossa, não tem sentido admitir a licitude de um certo bem ou serviço e não admitir concomitantemente a existência de um mercado ou a exploração empresarial, com fim lucrativo, desse bem ou serviço.

Também não temos objecção em relação à remuneração do contrato de gestação. Sendo a maternidade de substituição admitida, e comportando sofrimentos – ou, em geral, sendo uma experiência humana de grande significado, como inquestionavelmente o são a gravidez e o parto – parece lógico que se possa remunerar quem se predispõe a tal experiência em benefício de outrem, ou seja,

Hoje, a simples prova de que a gestação desenvolveu um ovo criado com base num óvulo de outra mulher – fecundado *in vitro* e transferido para o útero capaz de o gerar – tem a virtualidade de demonstrar que aquela presunção é relativa; isto é, que a mãe geradora não é a mãe genética. Nas condições referidas (...) o parto deixa de fornecer um *critério biológico* exclusivo (e, portanto, indiscutível) para a determinação da maternidade. Assim, a preferência pelo parto só poderá basear-se no seu valor sócio-afectivo e em razões de ordem prática, como a simplicidade da identificação da mãe nos casos mais frequentes.

(...)

Nestas condições será cada vez mais difícil manter o parto como critério exclusivo da maternidade.

(...)

No quadro descrito (...), as mães genéticas não aceitarão recorrer a um processo de adopção clássico para constituir um vínculo de filiação *com o seu próprio descendente biológico*.»

quem presta o serviço.

Explanadas estas opiniões pessoais, cabe, a terminar, deixar algumas notas.

A primeira é a de que o presente texto não seria possível sem o confronto dos contributos doutrinários do autor que mais tem estudado estes problemas – o Professor GUILHERME DE OLIVEIRA.

A segunda nota é a de que estamos numa área extremamente polémica e delicada – porém fascinante e provavelmente inesgotável – onde encontram projecção directa certas concepções filosóficas, religiosas e outras. E porque assim é, verifica-se que alguns autores não ultrapassam uma reacção que diríamos de perplexidade ou invocam cláusulas gerais ou conceitos indeterminados sem fundamentar devidamente as suas posições. Nestes casos, o resvalar para a mera agitação de *slogans* é um pequeno passo. Por exemplo, para VIDAL MARTÍNEZ da ideia de dignidade humana deriva a proibição de todo e qualquer comércio na área da procriação assistida, e exemplifica com a maternidade de substituição. É, a nosso ver, uma dedução algo apressada e metafísica, um pouco com base na ideia de que o dinheiro «suja» ou «é sujo».

O jurista moderno deve aceitar a crescente complexidade social e técnica como algo de natural. Deve abordar os problemas de forma desassombrada, sem preconceitos.

A terceira nota, que vem na sequência da anterior, é a de que estamos indiscutivelmente numa área em que a moral e o direito se cruzam – a bioética. E não parece possível fugir a uma tematização frontal das relações entre a ética e o direito. Quais os critérios que usamos para decidir se algo é bom ou mau, lícito ou ilícito? Naturalmente que esta indagação não é possível fazer-se aqui. Diríamos apenas que muitas soluções aventadas se baseiam em pré-juízos ou pressuposições – em considerações ético-jurídicas de tipo deontologista e não de tipo consequencialista. Em ANTUNES VARELA, por exemplo, poderá tratar-se de uma postura jusnaturalista⁵⁰.

Por nós, procurámos fazer uma abordagem mais consequencialista do que deontologista. A necessidade de atender às consequências concretas das decisões é

50 Em prefácio ao volume V do *Código Civil Anotado*, que trata precisamente da filiação, o autor confessa a sua preferência por uma «auténtica democracia cristã, assente na liberdade e na eminente dignidade sobrenatural da pessoa humana e inspirada na concepção tomista do homem». Por nós, abstivemo-nos de tecer considerações de indole religiosa. É indiscutível que as religiões são, de facto, uma fonte privilegiada de normas de conduta. Porém, entendemos que os padrões éticos do bem e do mal não provêm de Deus ou de autoridades eclesiásticas, mas sim dos homens. Pode haver moral sem religião, como o demonstram as sociedades da Ásia oriental, que têm um sistema ético próprio, o confucianismo – que não é uma religião organizada – sem que designadamente o povo chinês tenha alguma vez atingido os níveis de religiosidade do Ocidente. A China, de resto, nunca se envolveu em guerras religiosas.



ponto assente na metodologia jurídica⁵¹, pois o direito tem uma finalidade prática. Os pré-juízos tendem a ignorar as consequências práticas das posições assumidas. Isto é visível, como se viu, na redacção inicial do Código Civil sobre a inseminação artificial e, em alguma medida, na posição que sustenta a nulidade do contrato de gestação. É também visível, por exemplo, nas posições de ANTUNES VARELA, que repetidamente verbera as normas vigentes sobre inseminação artificial, mas não apresenta qualquer alternativa credível e realista ao regime vigente.

Outra nota será a de que, quaisquer que sejam as dificuldades éticas criadas, cabe ponderar que as modernas técnicas de procriação assistida procuram curar a esterilidade – o que não pode deixar de se considerar uma finalidade nobre.

Isto porque a fertilidade, ou seja, em última análise, a multiplicação da espécie, corresponde a um dos impulsos humanos mais básicos de toda a forma de vida, pois está em jogo a sua sobrevivência. Os seres humanos sentem-se instintivamente predispostos ou compelidos a manter relações sexuais com membros do sexo oposto, e também a procriar («constituir família») – e para este fim, que é humano, lançarão mão de todos os meios disponíveis. Será *legítimo* e *realista* que o direito queira, em nome da moralidade ou de uma certa moralidade, combater certas formas de realização de predisposições inatas antropologicamente fundadas, que por isto correspondem ao exercício de direitos fundamentais e que não violam a liberdade de nenhum dos intervenientes? Não nos parece.

Em última análise, parece que há nestes conflitos ou dilemas de que trata a bioética uma luta entre algo de inato ou instintivo – o instinto de procriação – e algo de aprendido, cultural ou artificial – os preconceitos morais, religiosos, éticos ou outros. Por nós, afigura-se-nos que a tendência histórica parece ser no sentido do lento esbatimento destes preconceitos⁵².

51 Não no sentido de que as decisões se devam fundamentar apenas pelas suas consequências, mas no sentido de que a análise das consequências práticas não pode ser olvidada da ponderação. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, pág. 196 e segs.

52 BAPTISTA MACHADO, na sua leitura antropológico-existencial das razões de ser do direito, salienta o facto de as instituições sociais e a cultura serem uma resposta à necessidade de o homem encontrar referentes que orientem a sua conduta. Escreve o autor no parágrafo de abertura da *Introdução ao direito e ao discurso legitimador* (pág. 7): «Carecido de um equipamento instintivo que determine e dirija certamente a sua conduta, desfavorecido neste aspecto relativamente aos outros seres vivos, o homem necessita de criar instituições, de instituir coordenadas que lhe permitam encontrar um rumo de acção e encontrar uma definição de si próprio face ao caos dos seus impulsos sumamente inespecíficos e sem direcção. Significa isto, afinal, que o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta.». Concordamos com esta leitura do direito, mas parece-nos que o autor desvaloriza excessivamente o papel dos instintos humanos. O homem é um ser com algo de irracional ou instintivo. Esta problemática é demasiado rica para poder aqui ser explorada de forma minimamente adequada – contamos fazê-lo no futuro. Diga-se apenas, que há desde logo que considerar o

Bibliografia:

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA – *Direito penal e modernas técnicas biomédicas*, RDE, ano XII (1986), pág. 99 e segs.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA – *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *Direito e biotécnica*, ROA 51, pág. 429 e segs.
- BROMLEY, P. M. – *Family Law* 8, Butterworths, Londres, 1992
- COELHO, PEREIRA – *Procriação assistida com gâmetas do casal*, in *Procriação assistida – colóquio interdisciplinar*, Centro de Direito biomédico, Coimbra, 1993, pág. 9 e segs.
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS – *Relatório*, in *Utilização de técnicas de procriação assistida (projectos)*, Publicações do centro de direito biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, n.º 1, 1990, pág. 23 e segs.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1985
- DIAS, JOÃO ÁLVARO – *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Stvdia Ivridica n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO – *O Código Penal português de 1982 a sua reforma*, RPCC, ano 3, Abril-Dezembro de 1993, pág. 168 e segs.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA – *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984
- ESER, ALBIN – *Genética humana. Aspectos jurídicos e sócio-políticos*, RPCC, ano 2, 1.º vol.
- LÜTTGER, HANS – *Medicina y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1984

instinto de sobrevivência (que, por exemplo, a nosso ver fundamenta o instituto da legítima defesa) e o instinto sexual. As realidades culturais não são pura construção voluntarista-racional, desligada dos instintos. A variabilidade da cultura de povo para povo não impede que entre as várias culturas existam certos traços constantes antropológicamente fundados – sendo desde logo a este nível que se situa a «pré-compreensão» que permite o diálogo entre povos e culturas tão diversas como a ocidental e a chinesa.

A distinção entre as (variáveis) concepções culturais *versus* os (estáveis) dados antropológicos comprova-se por exemplo na nova visão dos crimes sexuais, em que o bem jurídico é hoje apenas a liberdade e autodeterminação sexual. Os crimes sexuais foram «despidos» de toda a carga moral. Esta evolução é um sinal claro de uma sociedade mais livre e liberta de preconceitos.

Uma evolução semelhante bem pode vir a acontecer no âmbito da procriação assistida.

- MACHADO, BAPTISTA – *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982
- NEVES, CASTANHEIRA – *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Estabelecimento da filiação. Notas aos artigos 1796.º a 1873.º do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1979
- OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Aspectos jurídicos da procriação assistida*, in ROA, ano 49, Dezembro de 1989, pág. 767 e segs.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Legislar sobre procriação assistida*, in RLJ, n.º 3840, pág. 74 e segs.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992
- PINKERTON, THOMAS – *California surrogacy law*, <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.htm>
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995
- VARELA, ANTUNES – *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1986
- VARELA, ANTUNES – *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, in RLJ, n.º 3843, 3844, 3846, 3848, 3849, 3852 e 3853
- VARELA, ANTUNES/LIMA, PIRES DE – *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995
- VIDAL MARTÍNEZ, JAIME – *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1988

