

O DIREITO CIVIL EM FACE DAS NOVAS TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO GENÉTICA (1)

Guilherme DE OLIVEIRA

Os avanços da genética têm provocado consequências no direito civil – têm produzido modificações no modo de encarar problemas antigos e têm gerado problemas novos.

Vou mencionar essas consequências percorrendo os grandes ramos do direito civil, segundo a sistematização do código civil português, acrescentando uma referência ao direito processual civil.

I. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E DOS CONTRATOS

A) Contratos de seguro

A utilização das técnicas genéticas no domínio dos contratos de seguro é uma questão bastante controvertida.

O problema resulta da necessidade de conjugar os seguintes interesses: a possibilidade contemporânea de se adivinhar o futuro sanitário da cada pessoa, relativamente a um grande número de doenças de manifestação tardia; o interesse económico das companhias de seguros em calcular os riscos; a vantagem que estas terão se cobrarem prémios maiores ou excluïrem alguns segurados que apresentem um risco superior à média.

A questão pode ser grave na medida em que a actuação livre das companhias seguradoras se traduzirá, com probabilidade, em discriminação social baseada nas condições genéticas da cada pessoa.

À primeira vista, parece compreensível que as companhias seguradoras calculem os riscos e distingam as pessoas consoante as classes de risco a que pertencem

(1) Texto de apoio de uma apresentação digital com o mesmo título.

– consoante a saúde anterior, a idade, os estilos de vida. Parece sobretudo compreensível que as companhias disponham de meios para lutar contra a selecção adversa, que levará os candidatos a fazer o contrato apenas quando estão certos da doença... reclamando porventura o pagamento de capitais exorbitantes.

Porém, as companhias de seguros, se quiserem levar os seus cálculos e os seus cuidados muito longe, acabarão por ir longe demais – acabarão por evitar os riscos em vez de os distribuir e tenderão a dar valor a previsões que ainda não têm segurança segundo o estado dos conhecimentos e a fiabilidade dos testes. Além disto, a avaliação das condições genéticas individuais pode tornar-se particularmente agressiva se, em vez de requerer apenas o conhecimento do resultado de testes anteriores, feitos por razões clínicas, chegar ao ponto de exigir a realização de exames novos para despiste da probabilidade de doenças graves que negam radicalmente o direito-de-não-saber e podem perturbar definitivamente o equilíbrio individual.

A discussão sobre este assunto foi desenvolvida, sobretudo, nos Estados Unidos, onde a concorrência entre as empresas as obriga a levar o controlo dos custos mais longe do que as suas congéneres europeias, e onde a ausência de serviços públicos de saúde dedicados a toda a população faz avultar o problema; na Europa, pelo contrário, a existência de serviços de protecção da saúde, e um grau de concorrência comercial mais baixo, tem confinado a discussão aos seguros de vida e, além disso, permitiu manter em baixo o tom da discussão.

A verdade, porém, é que ninguém parece gostar de companhias de seguros... e a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, assinada em Oviedo, em 1997, contém uma norma muito restritiva sobre a realização de testes genéticos como preliminar dos contratos de seguros: o artigo 12.º da Convenção proíbe que se proceda a quaisquer testes preditivos de doenças genéticas, salvo para fins médicos.

Esta norma parece não permitir que a companhia requeira testes mesmo quando se convença, por qualquer motivo, de que o segurado está a contratar de má-fé, sabendo que corre riscos acrescidos e não quer deixar que a companhia os avalie; e porventura pretende contratar um seguro anormalmente alto.

Julgo que deviam ter sido excluídas desta proibição as situações em que as companhias tenham seguros motivos para suspeitar da má-fé do candidato, em contratos de valor fora do comum. Pelo contrário, creio que a norma faz bem em distinguir a requisição de novos testes e o conhecimento dos resultados obtidos por razões clínicas e que se encontram já na posse do candidato; com efeito, a norma proíbe apenas a realização de testes novos e não quer evitar o conhecimento, pelas companhias, dos resultados anteriores.

Este regime mantém, afinal, o velho preceito do Código Comercial português, que determina a nulidade do seguro quando alguma das partes omitiu factos relevantes para a celebração ou para os termos do contrato (art. 429.º).

B) Contrato de empréstimo para a aquisição de habitação

As observações feitas a propósito do contrato de seguro propriamente dito poderiam ser reproduzidas a propósito dos contratos de empréstimo bancário para

aquisição de casas. As entidades bancárias costumam ter companhias seguradoras associadas, e os empréstimos implicam a contratação de um seguro de vida para garantir o pagamento integral da quantia mutuada. As pretensões das companhias, e as desvantagens para os clientes, são aquelas que enunciei em a).

Acrescento que a eventual imposição de testes genéticos para efeitos destes contratos de seguro seria, neste caso, mais injustificada; tão injustificada quanto já me parece ser abusiva a imposição do próprio seguro, sendo certo que a entidade mutuante dispõe da garantia geral do património do devedor e, sobretudo, da garantia especial da hipoteca do imóvel. Ou seja: a exigência do seguro vem sobrepor-se à garantia da hipoteca que o banco já tem; seria verdadeiramente excessivo impor ao mutuante quaisquer sacrifícios adicionais que resultassem da sujeição a testes genéticos.

Dizendo isto, compreende-se que eu não tenha podido acompanhar a Provedoria de Justiça quando apresentou a Recomendação n.º 4/B/OO, dirigida ao Ministro da Finanças do Governo português. Esta Recomendação propunha a criação de um Fundo especial que garantisse o pagamento da quantia mutuada, evitando assim que as companhias seguradoras rejeitassem os segurados que se recusassem a fazer exames clínicos. Na minha opinião, esta proposta de reforço das garantias das seguradoras seria justa se elas não beneficiassem já da hipoteca do imóvel, sendo aliás o valor mutuado sistematicamente inferior ao valor do imóvel no mercado; na verdade, esta hipoteca satisfaz plenamente a necessidade de garantia do mutuante, pelo que não se justifica a afectação de fundos públicos para esse efeito.

A Recomendação do Provedor parece não ter sido acatada, e ainda bem.

C) Contrato de prestação de serviços de Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGP)

Alguns médicos especialistas em Medicina da Reprodução encontram-se em condições técnicas de prestar um serviço altamente sofisticado, que consiste em diagnosticar características genéticas em embriões.

Para além dos problemas de organização técnica, de licenciamento da actividade, e do eventual financiamento público das intervenções, no âmbito do direito civil importa saber se é lícito contratar a prestação desse serviço.

A resposta depende da natureza da técnica e da questão prévia de saber se é uma actividade de investigação em embriões; e depende também do objectivo de cada intervenção específica.

A questão prévia enunciada deve resolver-se tendo em conta o artigo 18.º, n.º 1, da Convenção de Oviedo.

Esta norma deixa a cada país a aceitação ou a rejeição da experimentação em embriões, e determina que, sempre que a lei de um país aceitar a experimentação, deve prever uma «adequada protecção» dos embriões. Isto parece querer significar que não é lícito fazer experimentação na ausência de uma lei; e de uma lei que defina em que condições, e com que finalidades, pode ser realizada essa experimentação. Ora, dado que em Portugal ainda não foi emitida lei sobre o assunto, parece liminarmente interdita a experimentação em embriões.

Mas julgo razoável dizer que o Diagnóstico Pré-implantação (DGP) não é uma forma de experimentação em embriões, apesar de ser uma técnica muito sofisticada, pouco mais do que experimental..., e ainda que se lhe reconheça um risco de produzir a destruição do embrião por força dos imponderáveis da técnica (5 %?). Na verdade, penso que a experimentação que levou ao regime do artigo 18.º é a experimentação destrutiva, aquela que usa os embriões para finalidades científicas e implica a sua eliminação no termo da pesquisa. Pelo contrário, e apesar de tudo, a finalidade do Diagnóstico Pré-implantação (DGP) está muito longe dessa funcionalização dos embriões e da sua destruição sistemática no termo das experiências. Na verdade, tirando o risco da técnica, a retirada de uma ou duas células para teste não prejudica o normal desenvolvimento do blastocisto. Sendo assim, a mera ausência de uma lei que admita e regule a experimentação em embriões não impede a prática do Diagnóstico Pré-implantação (DGP).

Resta averiguar se as várias finalidades que essa técnica pode prosseguir são compatíveis com o direito em vigor e tornam lícito, em qualquer caso, o contrato de prestação desse serviço. Na verdade, a resposta dependerá das finalidades prosseguidas em cada caso.

A finalidade típica do Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGP) é a de averiguar se um determinado embrião está afectado por qualquer anomalia de que se possa esperar uma doença genética, no futuro. No fundo, o DGP desenvolveu-se como uma antecipação do Diagnóstico pré-natal, uma antecipação efectuada ainda no embrião *in vitro*.

A semelhança com o Diagnóstico pré-natal pode sugerir a questão de saber se deve limitar-se a possibilidade de destruir o embrião aos casos de anomalias graves ou se qualquer defeito genético pode justificar a exclusão do embrião do processo reprodutivo. Dito de outra maneira, só é lícito excluir um embrião *in vitro* nos mesmos casos de indicação fetopática que tomaria uma interrupção da gravidez não-punível?

A resposta a esta pergunta combina duas afirmações. Em primeiro lugar, parece óbvio que as indicações que tornam a interrupção da gravidez não-punível teriam de ser eficazes relativamente ao embrião *in vitro*; seria despropositado exigir condições mais severas para tornar aceitável o DGP, e a eventual eliminação do embrião, do que para interromper uma gravidez já em curso. Em segundo lugar, não é sequer razoável fazer o paralelo com as indicações do Diagnóstico pré-natal porque o nosso ordenamento jurídico ainda não protege a integridade dos embriões *in vitro*, ou da vida *in vitro*, ao contrário do que acontece com a vida intra-uterina, protegida através da previsão do crime de aborto. Na verdade, não está incriminada, ou considerada por outro modo como ilegal, a exclusão de um embrião do processo reprodutivo, ou a sua eliminação. Assim, neste momento, pode esperar-se que a protecção dos embriões seja menor do que a dos fetos, pode esperar-se que seja socialmente mais «fácil» justificar a eliminação de um embrião *in vitro* do que a de um feto; por outras palavras, pode aceitar-se que uma anomalia não-grave seja considerada suficiente para qualificar um embrião como inviável.

Estas afirmações não pretendem esconder, porém, que algumas correntes de opinião podem defender que é sempre ilegal desvalorizar um embrião *in vitro*, por essa atitude ser contrária à dignidade humana em que assenta a nossa ordem jurídica.

A questão torna-se diferente quando a finalidade prosseguida pelo DGP é a *determinação do sexo*. De facto, a escolha do sexo pode visar finalidades clínicas

– designadamente a prevenção de doenças que afectam apenas embriões de um dos sexos; ou visar a satisfação de conveniências familiares – designadamente o equilíbrio dos sexos da descendência (*family balancing*). Ora, desde que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a Convenção de Oviedo, está claro que só é lícito oferecer o DGP para escolher o sexo do embrião nos casos que têm relevo clínico; será contrário à lei contratar o DGP com finalidades de conveniência familiar.

Não estou nada seguro de que a solução encontrada tenha uma justificação sólida. Na verdade, ao menos no quadro cultural do mundo ocidental, a possibilidade de escolha não teria de significar a desvalorização de qualquer dos sexos, nem traria forçosamente desequilíbrios sociais.

Os casos mais mediáticos de prestação de serviços de Diagnóstico Genético Pré-implantação são os que têm sido designados por *designer babies* ou *bebés à medida*.

Os casos costumam ter em comum a existência de um casal que tem um filho doente, carecido de uma transfusão de medula óssea de um dador compatível; a gestação e o parto de um outro filho com o sistema imunitário igual permitiria a transfusão de sangue do cordão umbilical contendo as células estaminais capazes de curar o irmão.

Têm sido manifestadas muitas dúvidas acerca da utilização do DGP para esta finalidade de *Hla typing*, em alguns países. O argumento fundamental que justifica as reticências ou as proibições é o que alega a instrumentalização do segundo filho, cuja gestação é pretendida em função do tratamento do primeiro.

Com o devido respeito por essa opinião e pelo melindre do caso, não me convenço de que a atitude dos pais, e do médico que propicia os meios técnicos, redunde em instrumentalização de uma pessoa num sentido que diminua a sua dignidade; pelo contrário, a instrumentalização que existe num certo sentido, além de não provocar qualquer sacrifício, dá ao segundo filho o ensejo para desempenhar um papel digno em que muitos reconhecerão o mérito da solidariedade.

A prática do DGP nestes casos, porém, suscita um óbice considerável, dentro do contexto cultural português e do enquadramento jurídico que provavelmente sairá em breve do Parlamento. Na verdade, a probabilidade de obter um embrião com o sistema imunitário compatível com o do filho doente é de 25 %, o que, estatisticamente, supõe a produção do quádruplo dos embriões necessários; isto é, implica a criação de embriões excedentários. Ora, todos os projectos de lei que têm passado pelo Parlamento manifestam o propósito de evitar a criação de embriões supranumerários; seria verdadeiramente insólito que, ao lado desta tendência, se admitisse a utilização do DGP com esta finalidade e esta consequência tão adversa.

Deve considerar-se, por fim, a finalidade de diagnóstico e escolha de embriões com certas características de *conveniência*, sem carácter clínico.

O caso mais perturbador parece ter sido o do casal de lésbicas surdas, já com um filho surdo, que pretendeu a gestação de um novo filho afectado pela surdez, com o propósito de facilitar desse modo a integração da nova criança na família.

Por mais que se promova a dignidade das pessoas com diminuições físicas, e se valorizem as suas aptidões, parece razoável afirmar que é melhor nascer com audição do que sem ela e que, portanto, o DGP não deve ser usado para uma finalidade que coloque o indivíduo em situação mais difícil do que a natureza lhe destinaria, do ponto de vista social.

É certo que o diagnóstico de características específicas não tem de visar a selecção de indivíduos com diminuições –pode visar a selecção de indivíduos altos, resistentes à fadiga, ou com um metabolismo económico– que porventura retirariam vantagens dessas características. Mas parece arriscado enveredar por um caminho que ainda é mal conhecido, que é arriscado do ponto de vista da conservação da espécie e que, verdadeiramente, não parece satisfazer qualquer interesse relevante.

Em Portugal, encontram-se pendentes (2) na Assembleia da República dois projectos de lei que se ocupam do Diagnóstico Genético Pré-implantação. Em ambos, os proponentes têm o cuidado de admitir a utilização das técnicas com as finalidades que são mais fáceis de reunir aceitação: o diagnóstico de doenças graves e o diagnóstico do sexo para evitar a transmissão de doenças ligadas ao sexo. Num dos projectos, afastam-se expressamente as finalidades de mera conveniência, a criação de filhos como potenciais dadores, e até o diagnóstico de doenças claramente multifactoriais.

II. DIREITO DAS COISAS

Em todos os países que conhecemos melhor, a prática da Reprodução Humana Assistida tem levado à crioconservação de gâmetas humanos e de embriões excedentários.

Por outro lado, o desenvolvimento da genética gerou um interesse novo pela colheita de material biológico, porque se espera que este material venha a fornecer informações úteis para a pessoa de onde foi extraído, para a sua família ou, em geral, para o conhecimento da transmissão das doenças e da sua prevenção e terapêutica. Mesmo deixando de parte as colheitas com fins de polícia ou de justiça criminal, todos os países praticam colheitas sistemáticas para fins de saúde, como as que se destinam ao rastreio da Fenilcetonúria e o Hipotiroidismo, realizadas na quase totalidade dos recém-nascidos. E em alguns países, como se sabe, pretende-se a recolha de material biológico de toda a população, sendo o caso porventura mais expressivo o da Islândia.

Acrescenta-se agora a colheita de células estaminais e a produção de linhas celulares diferenciadas, com um potencial científico, terapêutico e económico difíceis de imaginar.

Deste modo, foi-se gerando a constituição dos chamados «biobancos», antes de ter sido possível a discussão dos vários problemas que a recolha, a conservação e a reutilização do material biológico suscita.

A constituição de biobancos amplificou o problema de saber que tipo de direito se deve reconhecer às pessoas que permitiram a colheita do material biológico ou que de outro modo o geraram (no caso dos embriões). É certo que o problema já existia antes do surgimento destes avanços científicos, no ponto em que já se discutia o estatuto jurídico do cadáver e das partes destacadas do corpo humano; mas a

utilização em larga escala de materiais biológicos, o potencial enorme de conhecimento que ele pode propiciar, e as vantagens económicas que a biotecnologia promete, amplificaram o problema do domínio sobre os materiais recolhidos.

No nosso contexto cultural e jurídico, a utilização do conceito de propriedade –com a sua marca de patrimonialidade e de satisfação de interesses económicos– surge como herético relativamente à «sacralidade» do corpo humano ou dos seus despojos e partes destacadas. Neste quadro, os problemas do domínio sobre os materiais biológicos têm sido enfrentados de um modo minimalista e prático, que se resume às questões do consentimento informado para a colheita inicial e, na melhor das hipóteses, para utilizações posteriores em vista de novas finalidades.

Mas, por um lado, este recurso ao requisito do consentimento apenas bastará quando estiver em causa uma colheita, seguida de destruição –que leva consigo implícitos um abandono, e até uma presunção de abandono; pelo contrário, o mero recurso ao consentimento não chega para regular o depósito dos materiais– que afinal se faz pelo interesse social que a conservação pode representar, e da qual não se justifica afastar completamente o fornecedor.

Por outro lado, se os problemas vão sendo resolvidos distribuindo o mais criteriosamente possível o poder de decisão, em cada caso, não se consegue esconder totalmente que, por detrás do reconhecimento de um poder de partilhar as decisões há uma questão de domínio que ainda não resolvemos nem sabemos exprimir com clareza.

Por isto é que aquela atitude minimalista e prática não pode evitar para sempre o aprofundamento de questões como estas: quem decide a destruição de gâmetas crioconservados, e de embriões?; quem pode destinar gâmetas humanos para fins diferentes daqueles para que foram colhidos?; quem pode decidir afectar embriões excedentários para doação a um casal infértil, ou para experimentação?; que direito justifica as decisões que se tomam sobre o cadáver?; que poder tem o fornecedor de materiais biológicos de controlar a investigação científica que incida sobre eles?; há alguma espécie de domínio sobre uma linha celular produzida a partir de um dador identificado?; pode herdar-se uma linha celular com interesse terapêutico para o herdeiro?; que direito tem o fornecedor da «matéria prima» sobre os proventos económicos que ela possa gerar depois de receber transformações da biotecnologia?

Na verdade, o mero requisito do consentimento informado para qualquer intervenção resolve pouco e não explica nada –apenas demonstra que há uma qualquer forma de domínio que exige respeito. A dogmática e o léxico jurídicos parecem não ter ainda os instrumentos para regular de um modo suficiente estas situações jurídicas que consistem em formas de domínio duradouro, sem carácter patrimonial, que incidem sobre entidades que, embora não tenham valor económico suscitam um elevado interesse social, e até um elevado interesse económico potencial.

O desconforto que sentimos quando queremos exprimir a noção de domínio sobre os materiais biológicos é semelhante àquele que sentimos quando nos referimos às próprias entidades recolhidas e armazenadas em «biobancos». De facto, a noção de «coisa», elaborada sobre o conceito de *res unita corporalis*, de entidade participante do mundo físico exterior ao Homem, e com valor económico, não satisfaz o sentimento de respeito que nutrimos pelas partes destacadas do corpo e pelas verdadeiras criações biológicas humanas de que os embriões são o expoente maior.

(2) Na data da realização das Jornadas. No fim de 2004, o Parlamento foi dissolvido e os projectos pendentes caducaram.

Na falta desses novos instrumentos, que surgirão mais tarde ou mais cedo, não vejo motivo para que se não use o conceito de «propriedade» e de «coisa», com as devidas e consideráveis adaptações. Afinal, o conceito de propriedade há muito que abandonou a sua pureza original: em primeiro lugar, para absorver aquilo que se designou por «limites sociais» da propriedade, ou «função social» da propriedade, admitindo grandes restrições, designadamente das faculdades de usar e fruir livremente, e de transaccionar; em segundo lugar, para regular o domínio sobre as criações do espírito, através da chamada «propriedade intelectual». Por outro lado, o conceito de «coisa» já foi forçado a abranger novas realidades económicas para além da *res unita corporalis*, como as coisas imateriais. Porque não ampliar os conceitos, atribuindo-lhes conteúdos novos? Porque não poderemos falar de «propriedade biológica» para exprimir o domínio sobre «coisas biológicas»?

Estas notas desprezíveis querem apenas sublinhar que o desenvolvimento da genética e a criação de «biobancos» reclama porventura novos conceitos e instrumentos que exprimam as situações de domínio sobre estes bens pessoais que são os materiais biológicos humanos.

III. DIREITO DA FAMÍLIA

A) Requisitos do casamento

O conhecimento das técnicas genéticas não tem qualquer efeito na celebração do contrato de casamento.

Mas poderia ter. Poderia aproveitar-se a fase preliminar da celebração do casamento para proporcionar aos nubentes aconselhamento genético – como em alguns estados norte-americanos – e o despiste de algumas doenças, pelo menos daquelas que a história clínica familiar sugerisse.

O direito francês, como o cipriota, prevê a realização de um exame pré-nupcial. No primeiro caso, segue-se uma lei de 1942 que leva à realização de vários tipos de exames tradicionais, a que se acrescentaram, ultimamente, alguns exames genéticos; no segundo caso, despista-se a hemoglobínoptia mais característica da ilha – a Talassémia.

O objectivo que se prossegue é a informação sistemática dos nubentes sobre a sua condição genética, de modo a que, em casos de risco, os interessados possam tomar as precauções adequadas, em matéria de procriação; designadamente, poderão evitar ter filhos ou, pelo menos, ficarão atentos à necessidade de fazer diagnóstico pré-natal, para controlo da saúde do feto.

É claro que os exames pré-nupciais poderiam suscitar reacções, do ponto de vista da protecção da intimidade da vida privada. Isto parece não ter acontecido nos dois países citados porque o regime legal garante o segredo dos resultados, quer relativamente a terceiros, quer entre os cônjuges; o regime contenta-se com a vantagem de cada nubente ficar a saber a sua própria condição genética.

Em Portugal, do ponto de vista da saúde pública, teria sentido fazer esse rastreio em algumas zonas do país, onde se regista uma incidência forte de Paramiloidose. Mas a imposição de um exame obrigatório como requisito da celebração

do casamento, e esta circunstância de aplicar o requisito em regiões limitadas, havia de suscitar dúvidas quanto à constitucionalidade de um regime que ia estabelecer uma desigualdade entre os cidadãos relativamente ao direito de celebrar o casamento.

B) Os conceitos de maternidade e de paternidade

Os conceitos de maternidade e de paternidade tiveram uma aceção pacífica desde sempre – a mãe é a mulher que dá à luz e o pai é o marido da mãe ou o homem que reconhece o filho, esperando-se que a paternidade jurídica coincida mais ou menos rigorosamente com a paternidade biológica. O caso em que se dissociava claramente a progenitura da parentalidade jurídica era o da adopção: os pais adoptivos eram investidos no estatuto jurídico de pais, ao mesmo tempo que a relação biológica de progenitura era omitida. O segredo do próprio facto da adopção e o anonimato dos progenitores davam a garantia de que os pais adoptivos desempenhavam, em exclusivo, a função social e afectiva que lhes era cometida, com a convicção geral de que o seu desempenho bastava para satisfazer os direitos fundamentais do adoptado.

A prática da Procriação Medicamente Assistida com recurso a dadores de gâmetas – que já leva algumas dezenas de anos – veio a suscitar um novo domínio em que a dissociação entre a progenitura e a parentalidade jurídica se apresentava. Os chamados países latinos e o Reino Unido – com lei expressa ou não – tenderam para um regime semelhante àquele que consagravam no âmbito da adopção: o casal que recorre às técnicas de PMA assume o estatuto jurídico da parentalidade e o dador de gâmetas permanece no anonimato.

Porém, a crise generalizada do segredo e a obsessão pela transparência, por um lado; o culto pela auto-determinação para o desenvolvimento pessoal, por outro; e o aprofundamento mediatizado dos conhecimentos da genética, por fim, têm abalado esse pilar do regime jurídico da adopção e da procriação com dador: o segredo da identidade dos progenitores.

No domínio da adopção, as primeiras manifestações desta tendência limitavam-se às recomendações de que os adoptantes deviam revelar aos adoptados o próprio facto da adopção; mas depressa se ampliou a recomendação até ao conhecimento da identidade dos pais biológicos, amparado por um verdadeiro direito de procurar as origens, que tende a ser reconhecido ao adoptado quando atinge a maioridade.

No âmbito da procriação com dador, para além de alguns países que admitiram bem cedo que os filhos podiam obter a informação da identidade dos dadores de gâmetas – caso da Suécia, Alemanha e Estados Unidos – os regimes que assentaram no anonimato começaram a levantar dúvidas sobre a legitimidade da solução.

Tornou-se paradigmático o exemplo do Reino Unido que, depois de ter consagrado o anonimato dos dadores em 1990, acaba de adoptar a solução oposta, em julho de 2004, com aplicação a partir de 2005; espera-se que, em 2023, os primeiros filhos que atinjam a maioridade requeiram o conhecimento da identidade dos dadores.

Em Portugal, apesar de ainda não haver um regime que discipline a PMA, pode notar-se, pela leitura dos textos preparatórios conhecidos, uma oscilação clara entre a tradição latina do anonimato e a tendência contemporânea do direito de

conhecer as origens. Por exemplo, se os dois projectos de lei pendentes (3) na Assembleia da República apontam para o anonimato, o Parecer emitido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, em 2004, recomenda que seja salvaguardada a possibilidade de o filho conhecer a identidade do dador, uma vez atingida a maioridade.

Esta aparente transição lenta do regime do anonimato dos pais biológicos e dos dadores para o reconhecimento de um direito à descoberta das origens parece significar que a paternidade reconhecida por lei, e o desempenho regular das funções paternas, não chegam para satisfazer as aspirações dos filhos adoptados ou nascidos por procriação com dador. A progenitura – que em tempos podia ser omitida – ganhou uma relevância afectiva e social que não tinha, ao ponto de os sistemas jurídicos se verem forçados a permitir uma certa forma de concurso entre o pai jurídico e o pai biológico.

Esta novidade, que se vai instalando no Direito da Família dos países latinos, pode ser fruto de várias razões, mas certamente que entre elas avulta a promoção da Genética e das condicionantes biológicas do comportamento humano. Na permanente tensão entre o valor da Natureza e da Cultura, a hora parece ser a da Dupla Hélice.

E se podemos descortinar este movimento de valorização da paternidade biológica, também podemos esperar alterações quanto à maternidade.

O conceito maternidade foi sempre ainda mais estável do que o de paternidade. Com efeito se, quanto à paternidade, ainda se podia verificar alguma incerteza sobre a coincidência entre a paternidade jurídica e a progenitura, no domínio da maternidade a mãe jurídica não podia deixar de coincidir com a mãe biológica, pois não havia dissociação possível.

Porém, de novo por efeito da utilização de técnicas de Procriação Medicamentosa Assistida, tornou-se possível fertilizar um ovócito de uma mulher e implantá-lo no útero de outra mulher, dissociando a mãe-genética da mãe-gestadora. O Direito da Família tem resistido, na esmagadora maioria dos países, a reconhecer efeitos jurídicos a esta dissociação; teimosamente, os sistemas afirmam que o estatuto jurídico de mãe cabe à mulher que dá luz, omitindo qualquer relevo jurídico da participação da mulher que dá o ovócito.

É claro que, neste caso, não se trata de uma oposição entre uma progenitora e uma mãe apenas jurídica – ambas as mulheres têm intervenção biológica na gestação e no nascimento, sabendo-se mesmo que a condução da gravidez tem mais relevo do que se pensava. Porém, a transmissão do património genético cabe à mulher que deu o óvulo.

Até quando se poderá manter aquela regra nascida do pressuposto da coincidência necessária da mãe-genética e da mãe-gestadora? Até quando, e em que condições, poderemos continuar a negar um estatuto jurídico à mãe-genética, e a privilegiar absolutamente a mulher que dá à luz?

O Reino Unido, desde 1990, dá relevo, em certas condições, à maternidade de substituição, para admitir que a mulher que dá à luz ceda o seu lugar à mulher que «encomendou» o filho, tenha esta, ou não tenha, dado o ovócito que foi fecundado. O primeiro requisito para a legitimidade da transferência da posição é o acordo entre

(3) Cfr. a nota anterior.

as intervenientes. Em 2002, foi alterado o Código Civil grego que, embora mantenha a regra geral de que a mãe é a mulher que dá à luz, introduziu a previsão especial de a gestação ter sido levada a cabo com base no ovócito de outra mulher, para reconhecer que esta última é a mãe que ficará a constar do registo civil (art. 1458.^o).

Assim, estas regras ainda pouco comuns mostram, de novo, o valor crescente da contribuição genética, que é capaz de abalar o conceito tradicional da maternidade jurídica, assente no critério do parto.

Em Portugal, creio que estamos longe de admitir a validade dos acordos de substituição. Na verdade; todos os projectos de lei que foram conhecidos rejeitaram-nos liminarmente.

C) Caducidade das acções de investigação da paternidade

O regime português das acções de investigação da paternidade – ao contrário do regime espanhol – prevê um prazo de caducidade: nos casos normais, a acção tem de ser intentada até aos vinte anos de idade do filho. Este regime, que é tradicional no direito português, foi justificado com os argumentos conhecidos de que era preciso evitar as acções propostas muito tarde apenas com o propósito de obter uma herança, num momento tardio em que a prova dos factos seria muito difícil, com violação do valor básico da segurança dos estados jurídicos.

Vários aspectos desta discussão antiga ganharam novas entoações, desde a afirmação crescente da responsabilidade dos progenitores até à valorização da ascendência genética, num contexto social de hipervalorização do «biologismo». O argumento que me interessa agora é o que sublinhava o envelhecimento das provas no sentido de justificar a existência de prazos de caducidade. Este argumento perdeu todo o crédito em face dos progressos da genética e do desenvolvimento das provas periciais. Ele valia relativamente à prova testemunhal que se utilizava antigamente neste tipo de causas; mas não vale relativamente às provas científicas. Numa época em que a «genética das populações» consegue estudar o ADN das múmias de Machu Pichú (!) para o comparar com os perfis genéticos de certos habitantes do Japão, encontrando as semelhanças que provam certas migrações antigas, a propositura de uma acção de investigação com um atraso de algumas dezenas de anos não contém qualquer perigo de envelhecimento das provas.

Esta capacidade probatória da genética forense tem sido determinante para o movimento doutrinal no sentido de afastar o prazo de caducidade do regime português. Depois da doutrina ter defendido a inconstitucionalidade da previsão do prazo, o Tribunal Constitucional decidiu, em julho de 2004, que o prazo estabelecido no artigo 1817.^o, n.^o 1, do Código Civil, não é compatível com os direitos fundamentais à identidade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade, e à constituição da família.

Esta decisão recaiu sobre um caso concreto e, por isso, não é vinculante para casos diferentes. Porém, se o Tribunal decidir do mesmo modo em mais dois casos, a inconstitucionalidade será declarada com força obrigatória geral.

IV. DIREITO DAS SUCESSÕES

A) Capacidade sucessória

No âmbito do direito das sucessões, vale a pena sublinhar o reflexo que a crio-conservação de embriões supranumerários tem na definição tradicional da capacidade sucessória.

De facto, no direito português – e no direito espanhol – têm capacidade sucessória, na sucessão legítima, os nascituros já concebidos (art. 2033, n.º 1, CCiv). Este regime conhecido, se for usado num sentido literal, levará a que sejam chamados a suceder não só os filhos nascidos, mas também os fetos em gestação e ainda os embriões já concebidos que ainda não iniciaram o processo de gestação mas se encontram conservados com essa finalidade preferencial.

Uma interpretação literal como esta poderia fazer rejuvenescer uma prática antiga, que se usou a propósito das disposições testamentárias que chamavam pessoas ainda não nascidas, e que fazia uma divisão da herança em tantas partes quantos os sucessores, devolvendo-se as quotas aos filhos nascidos e aos fetos em gestação, deixando as restantes quotas sem titular, esperando o nascimento respectivo... Esta prática poderia ser agora usada contando com os embriões excedentários, esperando o processo de gestação dos embriões. Em alternativa, concebia-se a devolução integral da herança aos filhos nascidos e aos nascituros concebidos e em gestação, reservando-se o direito de qualquer novo filho, nascido mais tarde em resultado de utilização de embriões crioconservados, reclamar a sua parte nos bens da herança, forçando uma nova partilha entre todos – o que significaria que todos tinham recebido, afinal, uma propriedade resolúvel. Como é fácil de ver, qualquer das soluções é pouco recomendável!

A solução do problema parece residir na utilização do conceito de *implantação uterina* (já conhecido do direito penal), e na restrição das normas sobre capacidade sucessória, de tal modo que só sejam chamados a herdar os nascituros concebidos e implantados, que já se encontram, por isso, em fase de gestação. Na verdade, o regime legal não foi pensado para abranger embriões concebidos mas ainda não implantados, e compreende-se bem que se faça uma interpretação restritiva do teor literal das normas antigas.

Resta discutir, porém, como caso excepcional, se um novo filho, nascido em resultado da gestação de um desses embriões crioconservados, poderá recorrer ao instrumento da «petição da herança», como qualquer herdeiro preterido por qualquer causa (art. 2075.º CCiv). Por um lado, este instrumento quer servir os herdeiros que tinham o direito de herdar mas foram injustamente esquecidos – que não é o caso deste herdeiro, a quem não se reconheceria, de início, a capacidade sucessória; mas, por outro lado, o filho nascido mais tarde não poderia deixar de ser considerado como filho do autor da sucessão, e parece injusto colocá-lo numa posição diferente dos irmãos. Talvez se devesse admitir que este novo herdeiro reclamasse a sua parte em dinheiro – satisfazendo o seu direito mas poupando a necessidade de uma nova partilha – à semelhança com o que a lei portuguesa estabelece o herdeiro que sobrevenha depois de uma «partilha em vida» (art. 2029.º CCiv).

V. DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A) Prova «directa» da paternidade

As provas científicas para identificação pessoal – as provas hematológicas e as provas de ADN – provocaram grandes alterações num dos institutos mais antigos do direito civil: as acções de investigação da paternidade.

Na verdade, durante séculos, as acções baseavam-se na alegação e na prova da coabitação entre a mãe do investigante e o réu, e na exclusividade dessa coabitação. A determinação da paternidade era obtida por um meio «indirecto» – se a mãe do investigante tinha coabitado com o réu, e só com ele, o réu era forçosamente o progenitor.

Como se sabe, as dificuldades da prova situavam-se na demonstração deste segundo elemento, já que os réus recorriam à alegação de uma coabitação concorrente, os tribunais não tinham a possibilidade de saber qual das coabitações tinha causado a concepção do filho e, assim, as acções tinham de improceder. No momento em que se tornou possível distinguir com segurança, entre as coabitações concorrentes, qual tinha originado a concepção do filho, as acções deixaram de se basear na provada exclusividade: na verdade, mesmo que a mãe do investigante tivesse tido relações sexuais com vários homens, durante o período legal da concepção, tornou-se possível saber qual dessas coabitações tinha dado causa ao nascimento do filho. Foi assim que a doutrina e a jurisprudência portuguesas passou a desvalorizar a prova indirecta – baseada na coabitação e na exclusividade – para sublinhar a prova da coabitação causal, como fundamento das acções de investigação de paternidade. Passou a dizer-se que a determinação da paternidade era agora obtida por um modo «directo» assente nas provas científicas afirmativas da paternidade, relativamente a um certo réu, eleito de entre vários progenitores possíveis.

Hoje, a doutrina e alguns tribunais vão mais longe nesta tendência. Com efeito, para além de se dizer que não é necessário alegar a exclusividade da coabitação entre a mãe do investigante e o réu, tem sido defendido que é possível intentar uma acção sem alegar e provar a própria coabitação entre eles. A acção deveria poder basear-se, apenas, na alegação do puro facto da relação biológica entre o filho e o réu, demonstrada através dos poderosos meios científicos disponíveis. Esta nova maneira de encarar o esforço do autor da acção de investigação parece ter sido influenciada por alguns casos em que as provas científicas demonstravam claramente que o réu era o pai mas o tribunal não tinha dado como provado o facto da coabitação – e por isso as acções tinham improcedido.

Como é fácil de ver, se não se tivessem registado progressos na prova científica da paternidade, os tribunais teriam continuado a exigir a prova da coabitação e a prova da exclusividade, como fundamentos da acção de investigação da paternidade.

B) Revisão de sentença transitada em julgado?

Uma das questões mais delicadas que os avanços das provas genéticas sugerem é a questão da reabertura das acções de investigação que terminaram sem êxito, por falta de prova bastante. Se as acções improcederam por falta de prova há alguns

anos, e se, de então para cá, se tornaram possíveis novas indagações com maior potencial de afirmação da paternidade, será possível reabrir essas acções, permitindo ao filho usar hoje desses novos meios de prova?

A resposta habitual é negativa e baseia-se na força do caso julgado, que torna as decisões definitivas.

Porém, a força do caso julgado admite excepções. Com efeito, o Código de Processo Civil português prevê o chamado «recurso de revisão» (art. 771.º) com base em vários motivos. Um destes motivos é o surgimento de «um documento novo de que a parte não tenha podido fazer uso e que, por si só, possa modificar a decisão» [al. d)].

Deve então perguntar-se se a superveniência de uma prova afirmativa da paternidade, baseada numa técnica inexistente à data da acção, é equivalente a um «documento novo» no sentido daquela excepção prevista.

Apesar de uma resposta negativa poder suscitar a censura dos peritos forenses, e apesar de um puro sentimento de justiça rejeitar essa resposta, creio que não é possível incluir a superveniência da prova pericial naquela previsão legal. De facto, a norma do Código de Processo Civil admitiu a revisão das sentenças apenas com base em documento particular ou em documento público que tenha força probatória plena, isto é, que possa «por si só» alterar a decisão, sem que o tribunal o possa valorar livremente. Ora, o resultado de uma perícia, o relatório de um exame de biologia forense, não é um documento naquele sentido, desde logo porque a prova pericial está sujeita à livre apreciação do juiz. Ou seja: seria possível reabrir um processo com base numa prova científica nova mas o tribunal considerar que a afirmação de paternidade apurada não bastava para modificar a decisão; isto mostra como a reabertura do processo, nestas condições, poderia não corresponder às intenções do legislador e à própria letra da norma citada.