

O Direito da Família Português: algumas características¹

STELA BARBAS *

Sumário: I – Introdução. 1- Fontes das relações jurídicas familiares. 1.1. Casamento. 1.2. Parentesco. 1.3. Afinidade. 1.4. Adoção. 2 - O parentesco: razões de escolha. II - DNA e estabelecimento da filiação. III - O questionar da máxima *pater semper incertus est*. IV - Em causa o velho axioma *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit* e a sua substituição por *mater non semper certa est*? V - O caso particular das mães portadoras, hospedeiras, de aluguer, substitutivas ou de substituição. VI - Soluções propostas. VII - A lei da oferta e da procura a determinar a escolha de novos seres humanos? VIII - Conclusões.

I – Introdução

O tema proposto para a minha comunicação é o Direito da Família português: algumas características. Trata-se de um tema muito amplo. O Livro IV do Código Civil, mais concretamente o artigo 1576.º, consagra que as fontes do Direito da Família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Qualquer destes *itens* é vasto pelo que, dadas as naturais limitações de tempo das intervenções, entendi que seria

JURISMAT, Portimão, n.º especial, 2014, pp. 71-78.

* Doutora em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professora Associada, Jurisconsulta.

¹ O texto corresponde à comunicação apresentada pela Autora nas Jornadas de Direito Comparado, Portugal / Marrocos, ISMAT / Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir. Portimão, 25 de Maio de 2013.

melhor destacar um deles. Nesta linha de orientação, escolhi o parentesco e, no parentesco, o caso particular das repercussões dos avanços científicos no estabelecimento da filiação.

Atualmente, o Homem já não se limita à descrição dos processos científicos, ele vai mais longe. Tenta, mesmo, modificar o curso da evolução da espécie humana.²

A revolução biotecnológica ameaça pôr em causa a identidade genética e fabricar, em laboratório, novos e diferentes seres humanos programados pela Ciência. É o rompimento total com o passado e a entrada num mundo novo. Está aberto o conflito entre a tentação da Ciência em criar um "homem diferente" e a necessidade de manter "as raízes" da nossa identidade pessoal e genética. É um dos grandes desafios do século XXI.

A Ciência está a caminhar a um ritmo alucinante, nem sempre permitindo a pausa indispensável à ponderação dos interesses em questão.

A solução não está, de modo algum, em condenar todos os avanços científicos, pois seria esquecer que a Ciência tem sido um dos grandes "motores" da humanidade. Porém, também, não será de aceitar todas as suas "conquistas".

Tem de se encontrar uma solução de compromisso entre a lealdade, a necessidade de conservar e defender as raízes da identidade pessoal e genética do ser humano (artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa) e o direito fundamental da liberdade de conhecer e investigar (artigo 42.º do referido Diploma).

II – DNA e estabelecimento da filiação

A utilização dos testes genéticos para aceder ao conhecimento da progenitura acarretou inúmeras repercussões no direito da filiação.

O estabelecimento da filiação assenta, regra geral, em relações de natureza genética. Porém, nem sempre assim acontece e a principal razão de ser não se encontra propriamente apenas na falta de meios de prova mas nas escolhas entre as filiações que devem ou não ser socialmente reconhecidas e nos fundamentos culturais, sociais e económicos em que assentam as opções.

Verifica-se, em diversos ordenamentos jurídicos, uma preocupação com o estabelecimento de maternidades e de paternidades que correspondam à realidade genética.

² STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2011 (Reimpressão da edição de 2007).

Assistiu-se a uma profunda alteração das mentalidades no sentido de privilegiar o princípio da descoberta da verdade genética como sendo uma garantia fundamental do homem.

Até há pouco tempo, o Direito atuava com relativa segurança quanto ao facto de a identidade da mãe ser sempre certa – *Mater semper certa est* –, enquanto a do pai presumida. *Mater semper certa est pater semper incertus est*. Não subsistiam dúvidas que a mulher que concebeu, gestou e deu à luz era a mãe. Quando não era possível a certeza de quem era o pai, aplicava-se (e aplica-se) a velha máxima romana *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Trata-se, no entanto, apenas de uma presunção *iuris tantum* disciplinada no n.º 2 do artigo 1796.º e no n.º 1 do artigo 1826.º do Código Civil.

Nos casos dos filhos nascidos fora do casamento adotava-se o princípio da exclusão.

III – O questionar da máxima *pater semper incertus est*

O teste de DNA³ veio permitir que a presunção de paternidade fosse substituída pela quase certeza da paternidade. Isto é, as análises de DNA tornaram efetivo o princípio *pater is est quem sanguis demonstrat* e, conseqüentemente, pôr em causa a máxima *pater semper incertus est*.

Este processo comprova a paternidade com um grau de acerto de 99, 999999 %.

IV – Em causa o velho axioma *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit* e a sua substituição por *mater non semper certa est*?

Contrariamente ao que acontece com a paternidade, os progressos científicos vieram pôr em causa o princípio da certeza da maternidade nas situações das mães portadoras, também denominadas hospedeiras, de aluguer, substitutivas, substitutas ou de substituição.

A maternidade deixou de poder ser definida “tout court”. Em causa o velho axioma *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*?

O n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil consagra o princípio de que a maternidade resulta do nascimento e está dependente de simples declaração nos termos do pre-

³ Os erros mais frequentes que podem ocorrer resultam nomeadamente de transfusões sanguíneas recentes, de certas doenças ou de mutações espontâneas.

ceituado nos artigos 1803.º a 1805.º daquele Diploma. Isto é, o estabelecimento da maternidade corresponde à filiação biológica oriunda do nascimento.⁴⁻⁵

Mas, na hipótese das mães portadoras, de aluguer, substitutivas, de substituição ou hospedeiras quem é a *verdadeira* mãe? A que deu o óvulo? A que deu à luz? A que *encomendou*?⁶⁻⁷

V – O caso particular das mães portadoras, hospedeiras, de aluguer, substitutivas ou de substituição

Por mãe portadora entende-se a mulher que se obriga, por contrato, a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o nascimento.

As técnicas atualmente disponíveis podem levar a uma dissociação do conceito tradicional de família ao permitirem “construir” uma criança com a contribuição de várias pessoas diferentes. É já possível falar em três mães: a dadora do óvulo, a mãe portadora e a mãe que celebra o contrato de gestação. E, consequentemente, três pais. Assim sendo, quem é a mãe? A genética, isto é, a dadora do óvulo? A uterina, ou seja, a portadora ou, a social, aquela com quem a criança vai viver?

⁴ Contrariamente ao regime anterior à Reforma que teve lugar em 1977, a mãe deixou de ter a hipótese de impedir a respetiva constituição do vínculo jurídico. Só no caso de a declaração de nascimento não ser exata no que concerne à menção da maternidade é que passou a ser possível à mulher impugnar a maternidade estabelecida desta forma, através da ação de impugnação de maternidade a que se reporta o artigo 1807.º do Código Civil.

⁵ Nos termos do artigo 1808.º e seguintes do Código Civil, para se poder proceder à averiguação oficiosa da maternidade nos casos em que a maternidade não se encontra mencionada no registo do nascimento deve ser remetida ao tribunal certidão integral do registo bem como cópia do auto de declarações (na hipótese de existirem). Porém, a averiguação oficiosa da maternidade não é admitida quando, existindo perfilhação, a (pretensa) mãe e o perfilhante forem parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral ou se já passaram dois anos sobre a data do nascimento. Cfr. artigo 1809.º do Código Civil. O Código Civil prevê, nos artigos 1814.º e seguintes, a hipótese de a maternidade poder ser reconhecida em ação especialmente intentada pelo filho para esse efeito, quando não resulte de declaração.

⁶ STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 2006 (Reimpressão da edição de 1998), pág. 249; *O Contrato de Gestação à espera de novas leis*, «Forum Iustitiae. Direito & Sociedade», n.º 1, Lisboa, Junho de 1999, págs. 47-50; *Investigação da Filiação*, in «Estudos de Direito da Bioética», Vol. II, Coord. José de Oliveira Ascensão, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 29-72; *Estabelecimento da Maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil Português* in «Bioética e Direitos da Pessoa Humana», Coord. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Ana Carolina Brochado Teixeira, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2012, págs. 271-282.

⁷ Em Portugal, o artigo 8.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida – Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho – comina com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

VI – Soluções propostas

Defendo que deve ser aplicado o critério de que a mãe será sempre a que forneceu o elemento genético fundamental para a determinação do património genético da criança.

Deste modo, entendo que a regra clássica de que mãe é aquela que gera e dá à luz teria de ser substituída pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética. Sustentar que a portadora seria sempre a mãe legal acarretaria necessariamente uma contradição na medida em que seria extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética tivesse que recorrer à adoção para poder estabelecer a filiação com o seu próprio descendente genético.⁸

A portadora que contribuiu com o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário, a carga genética que acompanhará o ser humano durante toda a sua vida. A individualidade ficou definida a partir do momento da combinação do genoma do pai com o da mãe.

O estabelecimento da filiação é e será sempre objeto de opções fundamentais em função de valores considerados preponderantes no tempo e no espaço. O primeiro dos quais, o direito da criança, em que a verdade genética assume um lugar de destaque. Contudo, defendo que não pode ser, logicamente, o único dado a ter em conta. O balanço ou, se preferível, a correta concatenação dos valores sociais e culturais de cada sociedade está sempre em permanente construção; não está ainda construído, está-se construindo dia a dia.

Porém, reconheço que a problemática reside, por vezes, não tanto na opção da filiação *certa* do ponto de vista científico, mas na que se configura como sendo a melhor para a criança.

A Ciência não dá resposta a esta escolha, não consegue pôr fim a todos os dilemas existenciais próprios da condição do ser humano. Todavia, ela possibilita decifrar os enigmas, os mistérios, com todo o seu cortejo de inverosimilhanças, da identidade humana, já não permitindo que o homem permaneça na escuridão das trevas, do desconhecido, da incerteza de quem são os seus progenitores.

⁸ Em Portugal, as pessoas interessadas podem “contornar” a lei e obter registos de paternidade e de maternidade. Por exemplo, uma solução seria a mãe de aluguer “abandonar” (confiança com vista a futura adoção – artigo 1978.º do Código Civil) o filho e este ser adotado (adoção plena – 1979.º e seguintes do mesmo Diploma) pelo casal que recorreu à mãe portadora. E, se, nesse casal, o homem tiver também fornecido o sêmen poderá perfilhar (artigo 1849.º e seguintes do Código Civil) a criança e, por sua vez, a sua companheira adotá-la.

É claro que o reforço da legislação existente ou a criação de leis mais restritivas não vai evitar todos os perigos (mas, também, por vezes, alguns singelos fantasmas!) que a biotecnologia suscita. Os comandos da lei nem sempre são respeitados, todos o sabem. Kelsen adiantou, mesmo, que uma regra é tanto mais jurídica quanto mais possível é a sua violação.

Mas, quando o entrechoque de interesses e contradições se instala, a regra jurídica é o grande instrumento para impor condutas obrigatórias e possibilitar a vida em sociedade.

E, para se poder legislar nesta área, é necessário um esforço conjunto de diversas áreas do saber humano, tais como a Medicina, a Bioética, a Sociologia, a Filosofia, o Direito, no sentido de tentar encontrar as melhores soluções.

A lei deve circunscrever-se ao indispensável. O que hoje é atual amanhã já não o será. A evolução das tecnologias processa-se a um ritmo alucinante de tal modo que uma legislação que pretenda disciplinar todas essas técnicas, com demasiados detalhes, terá que ser rapidamente atualizada ou mesmo substituída por se tornar “obsoleta”.

Mas, e por outro lado, também, não se podem olvidar progressos científicos específicos, técnicas concretas que podem e devem ter soluções jurídicas diferentes.

VII – A lei da oferta e da procura a determinar a escolha de novos seres humanos?

A gestação para outrem suscita inúmeras questões tais como a de saber se a mulher que aceita *albergar* no seu útero um ser que depois entregará a um terceiro, mediante, na maioria das vezes, uma quantia pecuniária, cuidará dessa criança da mesma forma que o faria se esse bebé ficasse consigo após o nascimento (por exemplo, abstendo-se do consumo de tabaco e/ou de álcool)?

E se por causa do parto, a mãe de aluguer falecer, de quem é a responsabilidade?

A hospedeira tem o direito de recusar entregar a criança? As situações mais mediatisadas nos ordenamentos estrangeiros são aquelas em que ambas as partes querem a criança. Mas, e se nenhum dos contraentes, depois do nascimento, quiser o bebé? Chamo à colação as hipóteses em que os pais que “encomendaram”, entretanto, se divorciaram e já não quiseram o bebé? Ou, os casos, também verídicos, em que a criança nasceu com síndrome de Down e em que ninguém a quis?

Os pais que “encomendam” o “filho” podem rejeitá-lo se este tiver alguma deficiência, como se se tratasse de um produto industrial com defeito de fabrico? E se, por sua vez, a mãe portadora também alegar que não tem obrigação de ficar com uma criança deficiente? *Quid juris?*

A pessoa humana transformou-se num produto industrial, numa coisa, numa *res* que se compra, vende, troca, abandona porque não apresenta as características procuradas pelo mercado?!... Caminhamos para uma sociedade em que a lei da oferta e da procura passará a determinar a escolha dos novos seres humanos?

VIII – Conclusões

É cada vez mais imperioso criar uma nova geração de direitos para garantia das nossas raízes, da nossa individualidade. Caso contrário, estamos perante um absurdo ético-jurídico?!... O ser humano deixa de ser o sujeito da relação jurídica para passar a objeto?!... E objeto não no sentido de poder dever ou poder funcional mas no sentido de coisa, de *res*. Assistimos, de modo passivo, à coisificação do ser humano?

Uma vez equacionados alguns dos desafios que se colocam ao Direito, é viável afirmar que a vida em sociedade está profundamente modificada sendo cada vez mais necessário tentar revisões de conceitos jurídicos clássicos e proceder a propostas de alteração.

Como referi anteriormente, a solução não está em condenar todos os avanços científicos caindo num dogmatismo “cego” pois seria esquecer que a Ciência tem sido o motor da civilização. Há que acolher como bênçãos os seus resultados positivos.

É preciso encontrar uma solução de compromisso razoável entre o direito fundamental à investigação e a lealdade, a necessidade absoluta de defender as raízes da identidade pessoal e genética do ser humano. Cabe ao Direito o enquadramento destas matérias nos princípios de um profundo e autêntico humanismo.

O Direito deve tentar traçar caminhos que permitam evitar os riscos que os avanços científicos acarretam mas, também, que simultaneamente possibilitem progredir até onde se quer chegar. Se por um lado, o medo do risco pode mesmo limitar o progresso, por outro lado, a inconsciência dos riscos, a ânsia da aventura da descoberta pode conduzir a catástrofes das quais só se toma verdadeira consciência, muitas vezes, tarde demais.

Com efeito, alguns progressos científicos têm acarretado novas e diferentes consequências e efeitos dos quais não existem anteriores referências sobre o que fazer,

como o fazer e quando o fazer, uma vez que se trata de algo totalmente inédito na história da Humanidade.

Estamos numa época em que ainda se mantém a certeza da incerteza do futuro. No entanto, o futuro nunca foi tão previsível como o é atualmente. É inúmera a panóplia de hipóteses com que nos deparamos e são múltiplos os meios que temos para as alcançar. Assim sendo, a problemática e a responsabilidade das nossas escolhas reveste-se de primordial importância. Nunca fomos tão responsáveis pelo nosso amanhã e pelo das gerações vindouras.

Vivemos num mundo em permanente construção, onde ainda não existe futuro mas em que somos construtores ativos da sua criação.