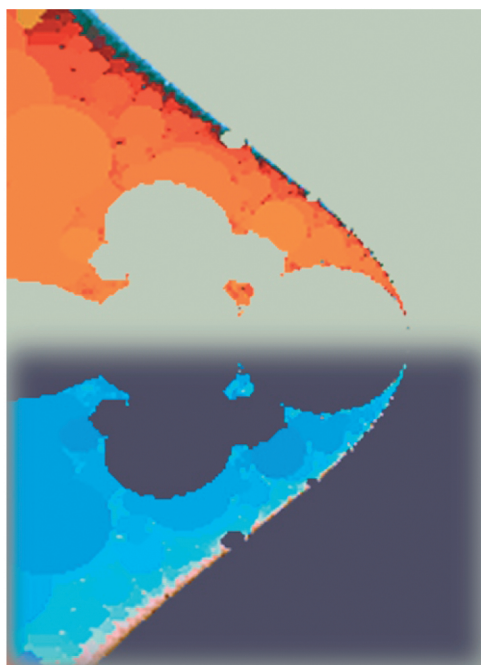


Ana Leonor Pereira
João Rui Pita
[Coordenação]

Rotas da Natureza

Cientistas
Viagens
Expedições
Instituições



Coordenação Científica da Coleção Ciências e Culturas

João Rui Pita e Ana Leonor Pereira

Os originais enviados são sujeitos a apreciação científica por *referees*

Coordenação Editorial

Maria João Padez Ferreira de Castro

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: impresauc@ci.uc.pt

URL: <http://www.imp.uc.pt> • Normas de publicação de colecções

Design

António Barros

Pré-Impressão

António Resende

Imprensa da Universidade de Coimbra

Capa

António Barros, com imagem de *E. M. de Melo e Castro*, 2003 [Fractal original gerado no Fractint com tratamento no Photoshop 7.0]; Cortesia: António Barros

Impressão e Acabamento

SerSilito • Maia

ISBN

978-989-8074-12-6

Depósito Legal

.....

Obra publicada com a colaboração de:

2



C E I S S O
CENTRO DE ESTUDOS
INTERDISCIPLINARES
DO SÉCULO XX
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Obra publicada com o apoio de:

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR Portugal

Programa Operacional Ciência, Tecnologia, Inovação do Quadro Comunitário de Apoio III



Baxter

João Rui Pita
Ana Leonor Pereira
(Coordenação)

Rotas da Natureza
Cientistas
Viagens
Expedições
Instituições

(Página deixada propositadamente em branco)

André Gonçalo Dias Pereira¹

Faculdade de Direito; Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra, Portugal

EUGENISMO? DA ‘DOENÇA INCURÁVEL QUE IMPORTE ABERRAÇÃO SEXUAL’
AO ‘DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO’

Sinopse

Eugenismo ecoa aos ouvidos de muitos como um conceito da primeira metade do século passado. Com raízes na cultura grega, cientificado pelo positivismo naturalista de oitocentos, ardeu na «fogueira da História» com os horrores dos Nazis na Alemanha e com a perfídia médica de sociedades tecnocráticas do pós-guerra nos países do norte da Europa e da América.

Durante décadas o legislador procurou influenciar a descendência e a procriação através da legislação matrimonial; daí resultou a construção e a evolução da doutrina dos impedimentos matrimoniais, onde a influência da medicina pré-antibiótica se fez fortemente sentir. Hoje, porém, verifica-se uma dissociação entre o casamento e a descendência e mesmo entre o sexo e a procriação. Estas facetas da existência humana encontram-se compartimentadas numa amálgama pluriforme de vivências sociais.

Por outro lado, as ciências da saúde não só nos trouxeram os antibióticos, como ainda nos prendaram com as técnicas de controlo da natalidade e com as de procriação medicamente assistida, o que permitiu deslocar o centro de gravidade do «governo da descendência» dos homens das leis, para a livre e responsável autoregulação dos projectos parentais dos indivíduos e dos casais e para os senhores da medicina.

Há cem anos negava-se a alguns o direito a casar, tendo como objectivo último impedi-los de se reproduzir, porque a medicina não solucionava os seus problemas de saúde, hoje discute-se se deverá impedir outros de procriar, embora a medicina lhes ofereça meios técnicos para tanto (fertilização *in vitro*, mãe hospedeira, clonagem (?)).

As leis do casamento de novecentos eram rígidas e de forte disciplina social, em grande parte por influência da comunidade médica; hoje, as legislações parecem ir

¹ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pós-graduado em Direito Civil e em Direito da Medicina; Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-civilísticas pela Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Nacional de Medicina Legal. Vice-presidente da Comissão de Ética da AIBILI (Coimbra). Secretário científico do Centro de Direito Biomédico. Professor convidado do *Summer Course on European Private Law* da Universidade de Salzburg.

reduzindo os impedimentos matrimoniais, ganhando o charme de mais liberais ou tolerantes, mas tal quiçá só vai sendo possível graças aos testes pré-natais e aos exames pré-implantatórios.

A) A evolução histórica dos impedimentos matrimoniais ao longo do século XX, em Portugal

Os cientistas, primeiro, e os juristas, depois, encontraram no casamento um o momento óptimo para a realização de objectivos de saúde pública ou do *higienismo*, bem como para o «melhoramento da raça» ou do *eugenismo*. Em Portugal, esse movimento nunca foi tão radical quanto nos Estados Unidos ou na Europa protestante e apagou-se claramente, tal como nos restantes países, a partir dos anos 60. Todavia, a regulamentação da União de Facto também mereceu da parte do legislador algum cuidado no que respeita à problemática eugénica.

1. Código de Seabra

Tendo a problemática eugenista surgido no último quartel do século XIX, após a revolução darwiniana e as obras de Haeckel, Galton e outros, não admira que o Código de 1867 apenas contemple impedimentos matrimoniais ligados à proibição do incesto e da consanguinidade, à limitação da idade e à proibição da bigamia.²

2. Os Alvores da Primeira República e a Eugenia em Portugal

O problema do casamento e da reprodução dos indivíduos portadores de má hereditariedade ou de algum estado patológico adquirido, transmissível à descendência e, eventualmente ao cónjuge saudável constituiu o objecto privilegiado do pensamento eugénico português, tendo vários autores manifestado a favor da introdução de impedimentos matrimoniais de base eugénica.³

Se os cientistas e médicos portugueses estavam receptivos às práticas eugénicas moderadas, já os políticos e juristas mantinham uma atitude de grande prudência. Como afirma Ana Leonor Pereira: «O fracasso da proposta de lei, da autoria de Reboredo Sampaio e Melo, apresentada à Câmara os Deputados, em inícios de 1910, sobre a «proibição do casamento aos degenerados», em concreto, «aos sífilíticos, aos alcoólicos crónicos, aos tuberculosos e aos afectados de quaisquer doenças mentais e

² Artigo 1073º: «Não podem contrair casamento: 1º Os parentes por consanguinidade ou afinidade em linha recta; 2º Os parentes em segundo grau na linha colateral; 3º Os parentes em terceiro grau da linha colateral, salvo se obtiverem dispensa; 4º Os menores de 14 anos, sendo do sexo masculino, e de 12 anos sendo do feminino; 5º Os ligados por casamento não dissolvido.»

³ Vide Ana Leonor Pereira, «Eugenia em Portugal», *Revista de História das Ideias*, Vol. 20, Coimbra, 1999, p. 540 ss..

nervosas graves»⁴ é uma boa prova das resistências mentais ao cientismo eugenista e, simultaneamente, da persistência de valores humanistas de fundo cristão, assumidos ou recalçados, nas frentes ideológicas da época.»⁵

As leis da família da Primeira República são o testemunho de um equilíbrio entre o humanismo católico, tradicional na Europa do Sul,⁶ e as influências eugénicas que estão bem presentes na elite médica portuguesa da época. Assim, a *Lei da Família* de 1910 (Decreto de 25 de Dezembro de 1910) prevê no seu artigo 4º que: «*Não podem contrair casamento: 4) os interditos por demência, verificada por sentença passada em julgado, notória, e bem assim os divorciados por motivo de doença contagiosa reconhecida como incurável, ou doença incurável, ou doença incurável que importe aberração sexual.*» Por outro lado, a *Lei do Divórcio* de 1910 (Decreto de 3 de Dezembro de 1910) estabelece, no seu artigo 4º, que: «São taxativamente causas legítimas de divórcio litigioso: 7º – *A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado...* 10º – *A doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual.*»

A doença incurável que importe aberração sexual foi assim erigida em justa causa de divórcio, numa manifestação clara do eugenismo ou talvez melhor do *higienismo* do legislador. A República introduziu o divórcio e, concretamente, o divórcio por motivos de saúde de um dos cônjuges. Porém, a sua expressão prática era, em termos percentuais, reduzida, ficando-se pelos 1,3% os divórcios devidos a «loucura incurável», a «doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual» e ainda «o vício inveterado do jogo de fortuna ou azar».⁷

⁴ «Proibição do casamento aos degenerados», *Gazeta dos Hospitais do Porto*, Porto, 4 (7), 1 Abr. 1910. apud Ana Leonor Pereira, *ob. cit.*, p. 567.

⁵ Ana Leonor Pereira, *ob. cit.*, p. 568.

⁶ Em 1912, realizou-se em Londres a primeira conferência mundial sobre eugenia, onde participaram W. Churchill, G.B. Shaw, Alfred Ploetz, Presidente da Sociedade Alemã de Higiene Racial e Leonardo Darwin, filho de Charles, sucessor de Galton na presidência da «Eugenics Education Society», a primeira associação eugénica, criada em 1907, na Inglaterra. Um grupo da «ala nórdica» defendeu então medidas eugénicas «negativas» de impedimento da transmissão de defeitos hereditários, nas quais se incluíam a proibição do casamento, a esterilização e a segregação dos «anormais» enquanto os delegados dos países latinos católicos insistiram em medidas «positivas» de reforço da assistência social, de protecção materno-infantil e de apoio às famílias numerosas (Sophia Quine, *Population Politics in twentieth century Europe*, 1996, apud Irene Pimentel, «O Aperfeiçoamento da Raça», *História*, Ano XX, nº 3, Junho 1998, p. 19).

⁷ Segundo Rui Cascão («Família e Divórcio na primeira república», *A mulher na sociedade portuguesa – visão histórica e perspectivas actuais*, Faculdade de Letras, 1986), as principais causas invocadas para a dissolução do casamento por divórcio nos inícios da Primeira República, num concelho do centro de Portugal, são as seguintes: sevícias e injúrias graves – 27,7%, separação de facto, livremente consentida, por mais de dez anos consecutivos – 17, 8%; figuram depois *ex aequo* o adultério feminino e o abandono completo do domicílio conjugal por mais de três anos, com a percentagem de 17,1% cada; o adultério masculino – 14,8%. As restantes causas têm um peso estatístico muito reduzido (5, 5%, dos quais 4, 2% dizem respeito à ausência por tempo não inferior a quatro anos).

3. A República e Estado Novo

Durante o período republicano, o médico Júlio Dantas foi um dos mais acérrimos defensores da eugenia. Ele propunha a introdução do exame pré-nupcial, a proibição do casamento entre doentes de corpo e de espírito, e o isolamento dos indivíduos perigosos para a «raça» (*Espadas e Rosas*, Lisboa, 1919).⁸

O debate eugénico só subiria, porém, de tom em Portugal – e sempre em meios restritos – depois do golpe militar de 1926. Para não fabricar «num triste fim da raça, uma geração miserável e incapaz, de ineptos, de malvados, de covardes», António Augusto Mendes Correia propôs a segregação dos criminosos reincidentes, a esterilização nos casos de grandes taras, a regulamentação da imigração e o impedimento do casamento aos «mendigos profissionais» que iriam pesar económica e «lugubrememente sobre a vitalidade e a saúde germinal da raça».⁹

Durante a década de trinta a ideologia eugenista fortaleceu-se; todavia ela nunca se conseguiu impor à aliança política entre o Estado Novo e a Igreja.¹⁰

A legislação republicana do casamento e do divórcio, no que diz respeito aos problemas que estamos a analisar, vigorou entre nós até à promulgação do Código Civil de 1966. A doutrina jurídica da época não se manifestava contrária à intencionalidade positivada nestas normas. Em 1942, Pires de Lima¹¹ ensinava, relativamente ao impedimento dirimente absoluto *Demência*: «Estão, assim, impedidos, não só os que sofrem daquela especial anomalia mental a que a ciência médica chama demência, mas todos os que sofrem de qualquer doença mental, que os iniba de reger suas pessoas e seus bens. A lei estabeleceu este impedimento dirimente absoluto por duas ordens de razões: 1ª - Por uma razão de *ordem jurídica*. O casamento celebrado por um demente é normalmente um casamento em que falta o consentimento, e, por isso, absolutamente nulo. 2ª - Por uma razão de *ordem eugénica*. É necessário evitar que cresça o número de tarados e dementes, e está hoje provado que as doenças mentais se transmitem hereditariamente. É sobretudo por estas razões que o impedimento existe, como mostra a circunstância de estar incluído no nº 4, ao lado do impedimento do divórcio por motivo de doenças contagiosas e incuráveis.»¹²

⁸ Irene Pimentel, *ob. Cit.*, p. 21.

⁹ Irene Pimentel, *ob. Cit.*, p. 22. A autora refere as impressivas posições de outros pensadores da época.

¹⁰ Nos anos 30, tempos em que a questão eugénica estava ao rubro, Riba Leça publica na revista católica *Brotéria* vários artigos sobre a posição da Igreja sobre o assunto. A «eugenia como ciência teórica e prática, promotora do melhoramento da espécie», devia ser combatida quando utilizasse meios eivados de materialismo positivista e de iluminismo de «repugnante imoralidade», como acontecia nos EUA, onde «as noções cristãs de compaixão e caridade» se tinham tornado «conceitos caducos». Este autor recusa quaisquer impedimentos ao casamento, já que não cabia ao Estado «traçar de maneira absoluta e definitiva os limites do exercício do direito ao matrimónio», *apud* Irene Pimentel, «O Aperfeiçoamento da Raça».

¹¹ Pires de Lima, *Direitos de Família, vol. 1 Constituição do Estado de Casado*, 1942 (texto de Guilherme Braga da Cruz), p. 106. Salientemos também as Lições de Paulo Cunha, *Direito da Família*, Tomo I, Lisboa, 1941 (coligidas pelos alunos Raúl Ventura, Raúl Marques e Júlio Salcedas), p. 270 e ss. Não encontramos diferenças significativas no ensino destes dois Autores.

¹² Sobre este impedimento escreveu Pereira Coelho (*Curso de Direito da Família*, Atlântida Editora, 1965, p. 132): «A razão da lei não está aqui, ao que nos parece, na protecção do interesse particular do

No que respeita ao *Divórcio por doença*, afirmava o Professor de Coimbra: «Pode perguntar-se: por que razão o divórcio com fundamento em doenças incuráveis (contagiosas ou sexuais) é um impedimento, e não o é a simples existência dessas doenças? Pareceria lógico que a lei, assim como proíbe o casamento de um doente, divorciado por esse motivo, proibisse o casamento de um solteiro que padeça das mesmas enfermidades. No entanto é fácil de ver porque adoptou a lei tal solução. É que *repugna aos nossos sentimentos morais, que se faça*, embora ele tenha tradições no direito romano e canónico, *o exame corpóreo*, antes de cada casamento, para ver se existem ou não as doenças a que se refere o nº 4 do artigo 4º. No caso de ter havido divórcio com fundamento nessas doenças, já é lógico que exista o impedimento, pois na acção de divórcio teve de fazer-se a prova delas.»¹³ Os Autores manifestavam, pois, repugnância pelos exames pré-nupciais: esta forma de prevenção da doença não foi, pois, nunca plasmada na lei portuguesa.¹⁴

Durante a preparação do novo Código Civil foram apresentados dois anteprojectos relativos ao direito matrimonial. Em ambos nota-se um afastamento da ideologia eugénica e uma tendencial aproximação do regime do casamento canónico. Com efeito, o eugenismo negativo, embora não totalmente desprezado¹⁵ não foi proposto pelo Professor de Coimbra.¹⁶

próprio demente; os interesses que se querem proteger, com o impedimento da demência, são interesses públicos, interesses de ordem eugénica e social. Pretende-se evitar que as taras dos dementes se transmitam para os filhos, e defender, assim e já sob este aspecto, a própria sociedade (razão de ordem eugénica); por outro lado (razão de ordem social), quer a lei evitar que se constituam famílias que não sejam, no corpo social, células sãs e úteis – e decerto não o serão as famílias constituídas sobre a base de casamentos em que seja demente algum dos cônjuges.»

¹³ Pires de Lima, *Direitos de Família, vol. 1 Constituição do Estado de Casado*, 1942 (texto de Guilherme Braga da Cruz), p. 110.

¹⁴ Em França é obrigatória desde 1942 (Lei de 16-12-1942; Dec. De 2-11-45 e art. 63 *Code Civil*) a realização de um teste médico pré-nupcial, não para impedir a realização do casamento a quem careça de aptidão física para a *copula carnalis*, porquanto o resultado do exame é secreto, só ao próprio sendo revelado; a sua não realização não constitui, porém, impedimento. Cfr. Antunes Varela, *Direito da Família*, 1999, p. 225, nota 1.

¹⁵ A sua simpatia pelo eugenismo revela-se em trechos como este: «(...) O que é certo é que o legislador não pode deixar de ouvir com mais alguma atenção o ensinamentos da medicina, e procurar afastar, na medida do possível, essas taras perniciosas que a hereditariedade vai implacavelmente propagando aos indivíduos, e que podem ter funestas consequências para o prestígio da própria raça. Levantou-se o mundo indignado quando na Alemanha se decretou a esterilidade obrigatória de certos tarados; apelou-se para a imoralidade para o despotismo dessa medida ofensiva da dignidade humana, e parece não se ter visto que sem essa, ou sem medidas que conduzam aos mesmos resultados, se criará fatalmente uma raça de raquíticos, de tuberculosos e de loucos, que não podem constituir a classe dirigente de amanhã. Já não podem os Estados pensar em deixar a resolução de tão magno problema à simples selecção natural, hoje em dia de tão reduzidos efeitos no problema da procriação.» – Pires de Lima, *Direitos de Família*, vol. 1, p. 110.

¹⁶ Pires de Lima, *Constituição do Estado de Casado, Ante-projecto de um dos livros do futuro Código Civil*, 1945. «Artigo 9.º (Casos de incapacidade absoluta) 1º Não podem contrair casamento: a) os menores de dezasseis anos, sendo do sexo masculino, e deatorze, sendo do feminino; b) *os interditos por demência, total ou parcialmente, ou os notoriamente dementes, mesmo durante um intervalo lúcido*; c) *Os que sofram de doença incurável que se transita por contágio ou herança, ou que importe aberração sexual, se com esse fundamento foi anulado por erro ou dissolvido o seu casamento anterior*; d) Os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.» Em anotações, escreve o civilista: «Desde que o fundamento deste impedimento (al. b))

Em 1957, Gomes da Silva publica *O Direito da Família no Futuro Código Civil*. Estamos perante um texto extraordinariamente interessante e revelador da formação e ideologia do autor¹⁷. No que respeita especificamente à problemática da capacidade para o casamento, Gomes da Silva teve como «uma das [suas] preocupações principais a de *expurgar* o Código de tudo quanto nos pareceu injustificável»¹⁸ Com efeito, este anteprojecto leva a cabo uma forte aproximação ao direito canónico.¹⁹²⁰

Neste anteprojecto já só encontramos como impedimento de razão eugénica a *demência*. A «doença incurável» desaparece, ficando em seu lugar um artigo meramente moralista e indefinido: «*a prática inveterada de qualquer aberração sexual!*»

6. O Código Civil de 1966

O Código Civil acabou por se afastar em parte dos anteprojectos referidos, adoptando uma concepção minimalista dos impedimentos dirimentes absolutos²¹. Assim,

é, ou deve ser, estruturalmente de ordem eugénica, consideramos irrelevante a lucidez momentânea, ou a simples interdição parcial, em harmonia com as correntes doutrinárias dominantes. Ampliamos também o impedimento da alínea c). (...) parece lógico que o impedimento se alargue a casos semelhantes, como ao da prova se encontrar feita numa acção de anulação feita com base no erro. Temos no nosso direito soluções mais radicais em relação aos militares (Vide decretos nº 20:121, de 28 de julho de 1931, e nº 31:107, de 18 de Janeiro de 1941, artigo 3º, nº 4) mas *não nos parece conveniente generalizar esses preceitos excepcionais, por termos criar obstáculos à livre entrada dos indivíduos em sanatórios de tuberculosos com receio do futuro impedimento.*»

¹⁷ Vejamos alguns trechos significativos de Gomes da Silva: «... pela abominável a Lei do Divórcio, constituiu gravíssima injúria e violência contra a consciência nacional e causou os maiores estragos.... Volvidos muitos anos, ainda esta ferida não estava curada, e foi por isso recebida com verdadeiro júbilo a Concordata que, limitadamente embora, veio dar satisfação à consciência católica...»

¹⁸ Gomes da Silva, «O Direito da Família no Futuro Código Civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 65, Abril, 1957, pp. 35.

¹⁹ Gomes da Silva, *ob. Cit.*, p. 34. «Conquanto ele [o casamento civil] não passe, relativamente aos baptizados na Igreja Católica, de mera contrafacção de casamento, procurámos estruturá-lo em bases sólidas, pois, enquanto consagrada na lei, esta modalidade de casamento exerce influência nos costumes e na mentalidade em geral, e deve por isso respeitar, quanto possível, a essência do matrimónio e as ideias e aspirações naturais, que se encontram na base deste instituto.»

Nestes termos, o seu anteprojecto apresenta os seguintes impedimentos dirimentes absolutos: «Artigo 31º (Impedimentos dirimentes absolutos) 1º - A idade inferior a 14 ou a 16 anos, respectivamente para os indivíduos do sexo feminino e para os do sexo masculino; 2º - A *demência notória*, mesmo durante intervalos lúcidos, e a interdição total ou parcial por demência; 3º - A prática inveterada de qualquer aberração sexual; 4º - A impotência funcional e incurável, absoluta ou relativa ao outro nubente; (...)»

²⁰ Código de Direito canónico, can. 1084 § «1. *A impotência antecedente e perpétua de realizar o acto conjugal, por parte quer do marido quer da mulher, tanto absoluta como relativa, dirime o matrimónio, pela própria natureza deste. (...)*»

²¹ Portugal acompanhou nos anos 60 uma tendência que também se registou noutros países no sentido da eliminação dos impedimentos de ordem eugénica. Cfr. Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, p. 36, aponta casos impedimentos matrimoniais que surgiram no início do século. Nos Estados Unidos muitos Estados adoptaram legislação que visava a proibição de casamentos de pessoas com epilepsia, tuberculose, alcoolismo ou doenças venéreas. «Today most of these health-related statutes have disappeared, or their prohibitions have been replaced

segundo o artigo 1601º (Impedimentos dirimentes absolutos) São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra: a) A idade inferior a dezasseis ou a catorze anos, conforme se trate de indivíduo do sexo masculino ou do sexo feminino; b) *A demência notória*, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) O casamento anterior não dissolvido, católico ou civil, ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil.» Em matéria de separação de pessoas e bens e de divórcio prescrevia o artigo 1778º, entre outros fundamentos, «al. b) Práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente.»

Comparando este regime com o da Lei da Família de 1910 encontramos duas grandes diferenças: por um lado, os portadores de doenças contagiosas não estão por qualquer modo impedidos de casar; por outro lado, os surdos-mudos e os pródigos passam também a gozar do direito fundamental de celebrar casamento.²²

Note-se que quanto ao ponto em análise o nosso direito civil se mantém estável desde 1966.²³ Relativamente ao divórcio a lei de 1966 abandonou qualquer postura de natureza eugénica ou higiénica.

7. *Doutrina posterior a 1966*

Desde a promulgação do Código Civil de 1966 que «a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica» constitui um impedimento dirimente absoluto.

Pereira Coelho considera que a lei equipara a anomalia psíquica judicialmente verificada e a demência de facto: «O conceito jurídico de demência não coincide com o psiquiátrico: demência, para o direito civil, é simplesmente o mesmo que anomalia mental ou psíquica.» E acrescenta: «a razão que está na base da anomalia psíquica como impedimento dirimente absoluto, não é tanto uma razão de ordem jurídica como de ordem eugénica e social.»²⁴ Em edição mais recente, afirma: «os interesses que se querem proteger com o impedimento de demência são interesses públicos, de ordem eugénica e social. Pretende-se evitar que as taras do demente se transmitam para os filhos e defender sob este aspecto a própria sociedade (*razão de ordem eugénica*); por outro lado (*razão de ordem social*), quer a lei evitar que se constituam famílias que

by the simple requirement of a premarital examination for venereal disease. The eugenic marriage legislation of National Socialist Germany, which tried to weed out those deemed racially, physically, or mentally unfit for marriage, has vanished without trace.»

²² Do disposto na al. b), a contrario, resulta que os interditos por surdez – surdez ou cegueira podem casar e sem necessitarem de autorização ao tutor (Castro Mendes, *Teoria Geral*, 1978, 1º, p. 337, *apud* Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, p. 1075.

²³ A reforma de 1977 apenas alterou a al. a) do artigo 1601º, prescrevendo a idade mínima de dezasseis anos para ambos os sexos para a celebração do casamento.

²⁴ Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família 1 – Direito Matrimonial*, Tomo 1º, 2ª edição, U, 1970, p 245.

não sejam, no corpo social, células sãs e úteis, como não o seriam, decerto, as famílias em que algum dos cônjuges fosse portador de anomalia psíquica.»²⁵

Por seu turno, o *direito canónico*²⁶ não conhece o impedimento de demência²⁷ e integra o caso dos intervalos lúcidos na teoria da vontade, considerando válido, em conformidade, o casamento celebrado nesses intervalos desde que o facto se prove. O direito canónico não é sensível às aludidas razões de ordem eugénica e social, privilegiando neste aspecto o valor da liberdade matrimonial se o nubente tinha o livre exercício da vontade no momento da prática do acto.

8. O Divórcio

Desde 1977, «a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum» é fundamento de divórcio litigioso. Como contraponto, a lei estabelecia a chamada «cláusula de sacrifício»: o pedido formulado com base na alínea c) do artigo 181º devia ser indeferido quando fosse de presumir que o divórcio agravasse consideravelmente o estado mental do réu. Todavia, com a Revisão de 1998 diminuiu-se o prazo de seis para três anos e eliminou-se a cláusula de sacrifício.

Trata-se de uma «opção melindrosa para qualquer legislador do direito da família. Os cônjuges devem-se socorro e auxílio mútuos e unem as suas vidas «para a felicidade e para a provação». A verdade, porém, é que a alteração das faculdades mentais destrói à partida, ao contrário do que acontece quando se trata de outras doenças, aquela plena comunhão de vida que é a essência do casamento (art. 1577º) – uma comunhão de vida não apenas física, mas também psicológica, intelectual e afectiva.»²⁸ «Não parece que o direito deva impor-lhe sacrifício tão pesado; se ele quiser, assumi-lo-á. De resto, «loucura incurável», nos termos do nº 7 do art. 4º da Lei do Divórcio de 1910, já foi causa do divórcio entre nós e foram em pequeno número as acções propostas com este fundamento durante os 56 anos em que a norma esteve em vigor.»

O legislador da Reforma de 1977 readmitiu assim esta causa de divórcio, mas rodeou-a de cautelas e garantias particulares: o divórcio não será decretado quando seja

²⁵ Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986, 261.

^A doutrina moderna concorda com a fundamentação proposta. Cfr., v.g., Antunes Varela, *Direito da Família*, p. 227-228 e João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Direito da Família*, p. 63.

²⁶ Para o estudo do casamento católico, vide, Juan-José García Faílde, «Nuevo Código Canónico de Derecho Matrimonial Sustantivo», *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona 1984, Año LXXXIII, Num. 1, pp. 35-101; Federico Aznar Gil, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canonico*, Salamanca, 1983 e Pedro Lombardia e Juan Ignacio Arrieta, *Código de Direito Canónico Anotado*, tradução portuguesa de José Marques, Braga, 198

²⁷ Segundo o Código Canónico de 1983, «o pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si a comunhão íntima para toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os baptizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade do sacramento» Os impedimentos dirimentes estão regulados nos Canónes 1083 a 1094: 1083 (idade); 1084 (impotência); 1085 (vínculo ou ligame); 1086 (disparidade de cultos); 1087 (ordem sagrada); 1088 (votos); 1089 (rapto); 1090 (crime); 1091-1094 (parentesco).

²⁸ Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Bens na Reforma do Código Civil*, p. 40.

de presumir que agrave consideravelmente o estado mental do réu (art. 1784º). «Por outro lado, o cônjuge autor, se não é considerado culpado do divórcio, é responsável pela dissolução do casamento de que tomou a iniciativa, ficando obrigado, nomeadamente, a prestar alimentos ao outro cônjuge (art. 2016º, n.º 1, al. b)) e a reparar os danos não patrimoniais causados (art. 1792º).»^{29 30}

Parece-nos que o legislador de 1977 teve em linha de conta os interesses do cônjuge que pede o divórcio, a sua autorealização pessoal, no fundo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade plasmado no art. 26.º, n.º 1 da Constituição da República, o que se acentuou com a revisão de 1998, e não já os interesses de ordem eugénica que presidiram à lei de 1910. Tanto mais quanto se não prevê a causa de raiz higienista: «*a doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual.*»

9. A União de facto

A união de facto assume-se hoje como uma outra forma de constituir família,³¹ gozando de protecção nos termos da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (Medidas de Protecção da União de Facto). Também o art. 2.º, al. b) desta lei impede a aplicação do regime da união de facto nos casos de «demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica.»

B) Novos problemas: a sida, a genética e as técnicas de procriação medicamente assistida

A *pax antibiótica*, que trouxe a (possibilidade de) eficaz combate às doenças sexualmente transmissíveis, por um lado, e as mudanças na mentalidade e na sociedade que levaram a uma dissociação entre o casamento e a procriação (actualmente cerca de 25% das crianças portuguesas nascem fora do casamento), por outro, vieram colocar em evidência o facto de o *direito matrimonial* não mais ser o instrumento adequado para a implementação de políticas eugenistas.

O desenvolvimento da genética, da medicina pré-natal e a liberalização da legislação referente à interrupção voluntária da gravidez vieram colocar a jusante a questão eugénica. Já não no momento da celebração do casamento, mas sim no momento da gravidez. Actualmente a evolução da medicina do embrião acena com a possibilidade de se poder subir um pouco o rio e recolocar a ‘escolha’ numa frase pré-gravidez, mas pós-concepcional, através do chamado diagnóstico genético pré-implantatório.

²⁹ Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Bens na Reforma do Código Civil*, p. 41.

³⁰ Vide, tb, Antunes Varela, *Direito da Família*, p. 503 e Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 1991, p. 88 e ss.

³¹ No plano dogmático, há porém ainda grande divergência na doutrina sobre se se trata de uma nova fonte de relações familiares. Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2003, classificam a união de facto como uma relação para-familiar.

Assiste-se a uma promoção da mulher e do casal como sujeitos autónomos de autodeterminação da política de natalidade e de procriação da sociedade, denotando-se um claro recuo do Estado na determinação das soluções nesta matéria. Ainda assim, ainda hoje podemos colocar a questão de saber se se justifica a imposição de testes pré-nupciais.

10. Testes pré-nupciais no século XXI?

A problemática dos testes pré-nupciais voltou a estar em foco devido aos problemas jurídicos ligados à SIDA e aos avanços no conhecimento da genética. Contudo, nem a lei nem a doutrina parecem estar decididas a avançar para a exigência de um exame pré-nupcial obrigatório.³²

No domínio dos *testes genéticos*, um rastreio obrigatório dos nubentes parece de momento difícil. Ainda assim, parece ser de advogar a realização de campanhas de prevenção da paramiloidose («doença dos pézinhos») ou de talassémia dirigida aos naturais dos concelhos em que a doença está mais presente.³³

Embora a nível internacional haja casos de sucesso na imposição de testes pré-matrimoniais obrigatórios, como aconteceu no Chipre,³⁴ no caso português, a experiência revela que os testes coercivos podem ser desnecessários, sendo eventualmente suficiente a existência de campanhas de higiene junto da população, bem como o rastreio das doenças genéticas, em ordem a evitar a propagação de doenças indesejadas.³⁵

11. As modernas técnicas de procriação assistida

Paradoxalmente, uma sociedade profundamente envelhecida³⁶ e com uma taxa de natalidade cada vez mais reduzida goza de meios de procriação³⁷ e de controlo da

³² Cfr. Guilherme de Oliveira, «HIV e SIDA - 14 Perguntas Sobre Relações de Família», *Temas de Direito da Medicina*, 1999, p. 165 e ss. e João Loureiro, «SIDA e Discriminação Social: Escola, Habitação, Imigração, Rastreio Obrigatório, Isolamento Clínico, Tratamento Forçado – uma perspectiva jurídico-constitucional», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 3, pp. 9-54.

³³ Guilherme de Oliveira, «Implicações Jurídicas do Conhecimento do genoma», *Temas de Direito da Medicina*, 1999, p. 130.

³⁴ Cfr. Guilherme de Oliveira, «Implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano», *Temas de Direito da Medicina*, p. 128.

³⁵ Algo que os nossos serviços de Genética Médica têm – meritariamente – feito em várias regiões do país. Por seu turno, o artigo 10.º da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, define o quem são testes de heterozigotia, pré-sintomáticos, preditivos e pré-natais. Os *testes de heterozigotia* «consistem na detecção de pessoas saudáveis portadoras heterozigóticas para doenças recessivas.» Com algum interesse numa fase pré-concepcional podem ter também os *testes pré-sintomáticos*, que passam pela «identificação da pessoa como portadora, ainda assintomática, do genótipo inequivocamente responsável por uma dada doença monogénica.»

³⁶ De acordo com um estudo recente «A Península Ibérica em Números», em Portugal nos finais de 2004, havia 108.7 pessoas idosas (com mais de 65 anos) por cada 100 pessoas com 14 anos ou menos.

³⁷ O art. 9º, n.º 2 da Lei n.º 3/84, de 24 de Março afirma: «O Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade».

saúde pré-natal inimagináveis há poucas décadas atrás.³⁸ O planeamento familiar, a utilização de anti-concepcionais e mesmo o acesso à esterilização são hoje já um dado assente no direito e na sociedade portuguesa.³⁹

Dentro do domínio da saúde reprodutiva, o acesso aos testes (genéticos) pré-natais e a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática estão também assegurados.⁴⁰ O artigo 10.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, define os testes pré-natais como «todos aqueles executados antes ou durante uma gravidez, com a finalidade de obtenção de informação genética sobre o embrião ou o feto, considerando-se assim como caso particular destes o diagnóstico pré-implantatário.»⁴¹

Por seu turno, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina apenas dedica um artigo à problemática da medicina da reprodução: o artigo 14.º (Não selecção do sexo), segundo o qual: «Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, *salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.*» Deste texto resultam duas normas. A primeira proíbe a escolha do sexo da criança através das técnicas de PMA; a outra, *implícita*, consiste na afirmação da legitimidade de «evitar graves doenças hereditárias através das técnicas de procriação medicamente assistida.»

Até que ponto isso é legítimo? Os casos Nash, Hashmi e Whitaker são um exemplo concreto da aplicação do diagnóstico genético pré-implantação (DGP). Toda a discussão que se gerou em seu redor é bem exemplificativo das dificuldades éticas com que a sociedade actual está confrontada.⁴²

Epílogo

Aparentemente, após os horrores da segunda guerra mundial, a saúde deixou de ter o papel que crescentemente ia alcançando em matéria de impedimentos matrimoniais nos países ocidentais. Creio que tal facto se ficará a dever, em grande medida, não apenas à ideologia dos direitos humanos, mas também às grandes vitórias da medicina,

³⁸ De entre a muita literatura referente a estes temas, destaco: Fernando Araújo, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, 1999; Luís Archer, «Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999», *Brotéria*, vol. 150, Março de 2000; João Álvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996; Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, 1999; IDEM, *Mãe há só (uma) duas!*, Coimbra, 1992; Vera Raposo, *De Mãe para Mãe*, Coimbra, 2005.

³⁹ Ver, entre outras, Lei n.º 3/84, de 24 de Março (saúde sexual e reprodutiva), a Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/98, de 21 de Outubro, e a Lei n.º 12/2001, 29 de Maio (pílula do dia seguinte)).

⁴⁰ O artigo 142º, nº 1, c) do Código Penal que admite a hipótese do aborto por razões de mal-formação ou doença grave do feto e o Despacho da Ministra da Saúde 5411/97, DR IIª Série, 6-8-1997 que regula o diagnóstico pré-natal no Serviço Nacional de Saúde. Atente-se ainda na Portaria n.º 189/98, de 21 de Março (Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção da Gravidez).

⁴¹ Cfr. a Recomendação 13 (1990) *sobre rastreio pré-natal, diagnóstico genético pré-natal, e aconselhamento genético* (do Comité de Ministros do Conselho da Europa).

⁴² Cfr. Guilherme de Oliveira, «Um caso de selecção de embriões», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 7-13.

nomeadamente com a «*pax antibiotica*». Na verdade, a gripe, a tuberculose, o tifo, a sífilis e as múltiplas doenças venéreas que afligiam a Europa de inícios do século, foram extraordinariamente combatidas pelas vacinas e medicamentos e pela melhoria das condições de higiene e de alimentação. A verdade é que o povo não ficou «raquítico», antes pelo contrário.

Contudo, a verdade é que entre o Código de 1867 e o de 1966 há uma grande diferença: a demência notória é hoje, e não o era até 1910, impedimento dirimente do casamento! Para além disso impede a aplicação dos benefícios da Lei da União de Facto. Este impedimento eugénico enraizou-se e é hoje praticamente inquestionado.

A problemática do atestado pré-nupcial obrigatório recupera novo fôlego com o flagelo da SIDA e, sobretudo, com o avanço do conhecimento do genoma humano. Se podemos prevenir malformações ou doenças de origem genética ainda antes de os nubentes contraírem casamento, porque razão se não aposta nessa medida? Em primeiro lugar, como vimos, o casamento já não tem a força institucional que lhe estava reservada até há bem pouco tempo; em segundo lugar, desiludam-se os que pensam que os genes tudo decidem: a esmagadora maioria das doenças são multifactoriais; as doenças absolutamente genéticas são uma minoria, sem expressão importante para determinar um legislador a impor um exame aos nubentes.

Com efeito, a decisão eugénica passou agora das mãos do Estado-legislador para a Sociedade e para as Famílias. Estas têm hoje acesso a técnicas médicas de consulta pré-concepcional, de diagnóstico pré-implantatório e pré-natal que lhes permite evitar o nascimento de descendência com doenças graves.

A medicina oferece estes meios de evitar o sofrimento e a vida sem qualidade. A sociedade aceita e reclama este direito ao controlo da saúde da descendência. O Direito acompanha e enquadra, com dificuldades e debates éticos difíceis, esta realidade.

(Página deixada propositadamente em branco)

2 Coleção
Ciências e Culturas
Coimbra 2006

