

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. NOVAS CONCEPÇÕES DA VIDA. ALGUNS PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS *

Maria Júlia Guimarães

SUMÁRIO

I. Introdução

II. A fertilização *in vitro* com transferência de embriões (FIVETE). Problemas ético-jurídicos suscitados e apreciação crítica de algumas das soluções adiantadas pelo Decreto (pré-legal) n.º 415/VII.

I. Aucun distributeur artificiel de fluides n'a encore été inventé. Mais s'il devenait possible de fournir ces fluides, un développement complet en dehors de l'utérus s'ensuivrait. Cette "ectogénese" serait l'ultime preuve que l'enfant s'appartient. Si la fiole prétendait : "ce bébé est ma propriété" ; personne ne croirait la bouteille ! [Jérôme Lejeune, Parlamento Europeu, Commission Juridique et des Droits des Citoyens, Audition du 19 au 21 mars, 1986; Problèmes éthiques et juridiques de la génétique humaine.]

Até hoje, só o início da vida se pode operar fora do útero. Ainda não se encontrou, nas palavras do Prof. JÉRÔME LEJEUNE, *um distribuidor artificial de fluidos* que possa substituir, até final, a função do útero de uma mulher. Suponhamos que tal venha a ser possível, somemos a essa descoberta um aprofundado conhecimento do genôma humano, as técnicas de diagnóstico

* As páginas que ora se apresentam têm a sua origem num trabalho sobre o tema da Reprodução Humana Assistida, por nós desenvolvido em 1990, o qual foi apresentado no concurso para ingresso no I.S.C.A.P.

genético... e defrontar-nos-emos com a possibilidade de refazer o homem, as raças. Defrontar-nos-emos com o nascimento de uma nova sociedade técnica e racionalizada, que em muito ultrapassará a fecundação *in vitro* e o morrer *in machina* actuais.

Estaremos a caminhar para o *Admirável Mundo Novo*¹? Ou mais próximos de *A Morte aos Feios*²?

O tema da Reprodução Humana Assistida não é em si novo. Em 1939, JOÃO GUIMARÃES, citando J. ROSTAND, escrevia: *a biologia chegou a esse ponto da sua evolução em que as conseqüências das suas descobertas vão atingir o próprio homem. Determinar-se-á o seu sexo, impor-se-lhe-á uma personalidade física e moral.* E ilustrando o receio daquele autor, continua a citação: *A este respeito, pelo menos, não tenhamos demasiada inveja do futuro. Quanto a mim prefiro ter vivido numa época bárbara em que os pais se devem contentar com os presentes do acaso, porque duvido que esses filhos rectificadados e calculados inspirem os mesmos sentimentos que nos inspiram os nossos, por muito fortuitos, imperfeitos e desoladores que sejam*³.

Actualmente, porém, não partilhamos de tão pessimistas convicções neste caminho conjunto que todos, sem excepção, trilhamos e que permite a coexistência da nossa sociedade «sex without babies» da década de sessenta, com esta outra «babies without sex»! É que os cientistas e investigadores, enquanto agentes de esclarecimento, têm responsabilidades acrescidas, éticas e sociais, para com os concidadãos, sendo que também a opinião pública deve participar esclarecidamente num debate que não pode ser relegado para planos meramente académicos⁴. Em todo o caso, a delicadeza da matéria aconselha à prudência. Não lhe sendo alheias as sucessivas alterações, promovidas pelo legislador, no regime da adopção. É nosso entendimento, porém, que a adopção

¹ Obra de ALDOUS HUXLEY, 1946.

² Obra de BORIS VIAN, vinda a público sob pseudónimo de VERNON SULLIVAN.

³ GUIMARÃES, JOÃO CORREIA, 1939. *O Nosso Século*, pág. 108, Imprensa Moderna, Lda.

⁴ Paulatinamente, tem a população em geral vindo a tomar consciência de alguns destes «modernos» problemas através dos *media*. Tenha-se em atenção a recente peça de teatro levada a cena em Lisboa, *Esse espermatozóide é meu*, de CARL DJERASSI.

não se apresenta como uma alternativa às técnicas de reprodução humana assistida, já que vemos na consagração daquele instituto o remédio, que não a cura, para solucionar o grave problema da existência de crianças não desejadas ou abandonadas, maltratadas, em virtude das classes sociais a que pertencem se encontrarem no mais baixo escalão social, económico, cultural.

É todavia indubitável serem muitos, complexos e delicados os problemas ético-jurídicos que as técnicas de reprodução humana assistida levantam, reclamando a intervenção do legislador. E apesar de, repetidamente, vir a ser prometida legislação sobre o tema⁵ - tendo-se mesmo consagrado, desde a quarta revisão constitucional, como obrigação a cargo do Estado a regulamentação da procriação assistida, *em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana* (art. 67.º, al. e), da CRP) -, a mesma tarda entre nós, ao invés do que se passa noutros países congéneres europeus⁶. É certo que, em 1997 desenvolveram o executivo e o legislador actividade na matéria. Com efeito, foi então apresentada à Assembleia da República, a Proposta de Lei N.º 135/VII, publicada no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 69 de 1 de Agosto. Aprovada em 17 de Junho de 1999, com os votos contra do PCP e dos Verdes, e a abstenção do PSD, daria origem ao Decreto N.º 415/VII, publicado no Diário da Assembleia da República sob o n.º 80/99, de 16 de Julho, o qual seria, no entanto, vetado pelo Presidente da República. Retomaremos adiante este aspecto.

Apesar da falta de enquadramento jurídico destas matérias, algumas medidas pontuais existem, porém, na legislação portuguesa: o

⁵ A primeira iniciativa legislativa data de 1987, tendo sido levada a cabo pela, então recentemente criada, Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias.

⁶ França, Inglaterra, Alemanha e mesmo a vizinha Espanha constituem exemplo de alguns dos países europeus em que o legislador se mostrou mais afoito. Com efeito, já desde 1988 que conta a Espanha com duas leis sobre a matéria, a saber: a Lei n.º 35 de 20/10, relativa à problemática das técnicas de reprodução humana assistida, e a Lei sobre doação e utilização de embriões e fetos ou de suas células, tecidos e órgãos (Lei n.º 42 de 28/12). Ora, em Portugal, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que veio regular a matéria relativa à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, não se mostra ainda aplicável nem à doação de gâmetas, nem à transferência de embriões.

artigo 168.º do Código Penal, que pune com pena de prisão de um a oito anos o acto de procriação artificial não consentida⁷; o artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil, que afasta a possibilidade de impugnação da paternidade, com fundamento em inseminação artificial heteróloga, ao cônjuge que nela consentiu; o Decreto-lei n.º 319/86, de 25 de Setembro, que parcialmente disciplina a actividade dos bancos de esperma, ao proibir a inseminação artificial heteróloga com sémen fresco, a fim de minorar em certos casos o perigo de transmissão de doenças hereditárias, evitar o risco de transmissão da S.I.D.A, e conseguir um registo mais fidedigno das operações; a Lei n.º 14, de 9 de Junho de 1990⁸, relativa à criação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁹; a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹⁰, e o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de seres Humanos, ratificados por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro. Note-se, porém, que o preceito *supra* referido e relativo ao Código Civil se restringe a apenas uma das modalidades de reprodução humana assistida, pelo que a tomada de

⁷ Corresponde ao art. 214.º da versão originária do Código, cuja revisão foi operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

⁸ Lei que sofreu já três alterações: respectivamente, em 99 - Decreto-lei n.º 193 de 7 de Junho -, em 2003 - Lei n.º 9 de 13 de Maio -, e 2004 - Lei n.º 6 de 26 de Fevereiro.

⁹ Por Despacho de 14 de Abril (Despacho n.º 37/86) havia sido criada a Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias que, ao fim de 14 meses, apresenta três projectos legislativos. Um desses projectos referia-se à institucionalização de um Conselho Nacional de Bioética, o qual acabaria por dar lugar ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, menos de quatro anos depois. Em 30 de Janeiro de 1991, quase oito meses volvidos sobre a data da sua criação, entra esta Comissão em funções, tendo reunido pela primeira vez, vinte e um dia depois. Desde então, foram produzidos alguns relatórios/pareceres sobre a matéria em causa.

¹⁰ A Convenção de Oviedo, cujas normas vigoram na ordem jurídica interna, por força do disposto no n.º 2 do art. 8.º da CRP, proíbe, designadamente: a terapia génica germinal (art. 13.º); a selecção do sexo do embrião, ressalvando, porém, os casos em que se trate de evitar o nascimento de crianças com graves doenças hereditárias ligadas ao sexo (art. 14.º); a criação de embriões para fins de investigação científica (art. 18.º).

posição por parte do legislador e a subsequente actualização da lei civil se revela necessária.

A existência destas medidas legislativas mostra-se, assim, claramente insuficiente para tratar os tão vastos e complexos problemas derivados da procriação artificial humana. E se a Convenção de Oviedo, bem como a proposta de lei, acima referida, e aprovada com alterações na Assembleia da República, nos podem dar alguma indicação quanto às possíveis linhas de orientação do legislador, a verdade é que os problemas na temática suscitados permanecem em aberto e passíveis de alargada discussão, sendo entretanto casuisticamente relegada para os tribunais (nomeadamente para o Tribunal Constitucional) a sua decisão. Senão, vejamos.

Que dizer da inseminação *post mortem*, por exemplo? Será de admitir que a viúva possa ser inseminada com sémen, para o efeito propositadamente congelado, do seu marido (companheiro) defunto? Dever-se-á assegurar o anonimato dos dadores, ou haverá que estabelecer a sua identidade, em atenção ao direito da criança que por esses meios vem a nascer? Poderão ou deverão os dadores ser remunerados ou dever-se-á estabelecer a gratuidade do seu acto? Não será de limitar o número de nascimentos a ocorrer, com recurso a sémen do mesmo dador, prevenindo futuras práticas incestuosas¹¹? Qual o destino a dar aos embriões supranumerários, excedentários - resultado característico de algumas das técnicas de reprodução medicamente assistida -, que não sejam utilizados no projecto de um casal: deverão ser destruídos? Poderão ser doados de um casal a outro (consubstanciando uma forma de adopção pré-natal)? Serão susceptíveis de serem utilizados em projectos de investigação, nomeadamente no que respeita à pesquisa em células estaminais? Quais poderão ser afinal os beneficiários destas técnicas? Poderão elas ser limitadas ao casal formalmente constituído? Ou deverá ser alargada

¹¹ A limitação da utilização de doses de sémen pertencentes a um mesmo dador foi limitada em França pelos Centros de Estudo e Conservação de ovócitos e esperma a um número máximo de cinco nascimentos; já na Grã-Bretanha esse número foi elevado ao dobro - solução que também seria a adoptada pelo legislador português no Decreto pré-legal n.º415/VII.

a sua admissibilidade relativamente a homens ou mulheres celibatárias? Aos casais homossexuais? Às uniões de facto? Será de admitir o nascimento de crianças em que ambos os gâmetas são oriundos de dadores¹²? E como estabelecer a maternidade e a paternidade da criança que assim nasce? Será de aceitar a locação de útero ou as designadas mães de substituição, ainda que inexista qualquer contrapartida económica em causa¹³?

*Poucas vezes na História da nossa civilização a Lei terá sido tão completamente ultrapassada por um sem número de situações que nunca ocorrera a ninguém regulamentar: a Ciência disparou a galope e o Direito coxeou atrás atordoado*¹⁴.

Na verdade, a história da reprodução humana assistida¹⁵ vai-se fazendo, devagar, até que a possibilidade de determinadas práticas, numa matéria onde podem confluír tantas e tão diversas sensibilidades morais, religiosas, filosóficas, éticas ou políticas, gera então inevitáveis e polémicas discussões. Ilustremos com alguns casos de maior repercussão.

Em 1978, a 8 de Julho, nasce em Inglaterra o primeiro «bebé-proveta» do mundo: Louise Brown, de Chicago. Em Janeiro de 1982, é a vez de Elizabete Carr, o primeiro «bebé-proveta» dos USA, da francesa Amandine, por cujo nascimento é responsável René Frydman, e do primeiro «bebé-proveta» da Grécia. Dois anos depois, a 16 de Julho de 1984, nasce na clínica Deseux de Barcelona, Victória Ana

¹² Em regra, a infertilidade afectará apenas um dos membros do casal: o homem ou a mulher. Mas e se se tratar de uma mulher celibatária infértil?

¹³ Em Março de 1986, o CAHBI (Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales) que retomou sob mandato do Conselho da Europa os trabalhos do CAHGE (Comité ad hoc d'experts sur les Problèmes Éthiques et Juridiques de la Génétique Humaine), apresentaria os *Princípios Provisórios sobre as técnicas de procriação artificial humana e sobre certos procedimentos aplicáveis aos embriões em ligação com estas técnicas*.

¹⁴ CORREIA, CLARA PINTO, 1986, *O Essencial sobre Os «BEBÉS-PROVETA»*. Imprensa Nacional/Casa da Moeda.

¹⁵ Sobre a história da reprodução assistida pode consultar-se, como aliás sobre a temática em geral, volumosa bibliografia. Vide, por exemplo, a introdução, em tom ameno, que recentemente lhe empresta TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, 2003, Livraria Almedina - Coimbra. Também, SILVA, PAULA MARTINHO DA., *A Procriação Artificial Aspectos Jurídicos*, Moraes Editores.

Perea Sanchez, e em Melbourne, nasce Zoe Leyland, mas desta vez a partir da utilização de embriões humanos congelados. Em França, as primeiras crianças assim fecundadas nascem em Abril de 1986, ano em que nascem em Palma de Maiorca os primeiros gémeos «proveta». E nesse ano de 1986, entra Portugal com sucesso na corrida às técnicas de reprodução humana assistida, com o nascimento em Lisboa, a 25 de Fevereiro, de Carlos Miguel, por cujo processo é responsável António Pereira Coelho. Finalmente, a 15 de Julho de 1990, nascem no Reino Unido as primeiras crianças com o sexo pré-determinado: as gémeas Natalie e Danielle Edwards.

As palavras de J. ROSEFAND cooam como se houvesse sido uma profecia: *Determinar-se-á o seu sexo, impor-se-lhe-á uma personalidade física e moral.* A notícia corre mundo e reacende polémicas relativamente à manipulação genética. Mas, trata-se de aplicar uma das técnicas de diagnóstico genético pré-implantatório (biópsia de uma única célula embrionária), com o fito de evitar uma descendência condenada a uma morte prematura e dolorosa, em razão de determinadas doenças hereditárias graves, que afectam tão só o sexo masculino, o que implica a selecção do sexo do embrião¹⁶ e a existência de embriões supranumerários. Confrontam-se pros e contras e o debate é trazido para junto da opinião pública¹⁷.

Nesse mesmo ano de 1990, há notícia de que no Japão nascem já, com recurso à técnica (mais simples) da inseminação artificial, 1048 crianças - mais 559 do que em 1989 -, sendo 122 os estabelecimentos médicos a praticar estas técnicas e cerca de 6000 os pacientes que então as recebiam¹⁸.

Em Portugal, onde aproximadamente surgem cerca de 10.000 casais/ano com problemas de infertilidade¹⁹, e cuja população rondará

¹⁶ Cfr. supra nota 10.

¹⁷ MASSADA, JORGE, 1990. «Os artesão da hereditariedade», Revista *Expresso*, 22 de Setembro.

¹⁸ In *Jornal O Público*, de 1 de Março de 1992, pág. 43.

¹⁹ MOUTINHO, SANDRA, 2004. Tudo por um filho, Publicações D. Quixote, pág. 33. A autora, jornalista da Agência-Lusa, relata a sua própria experiência pessoal no combate à infertilidade, que vai pontuando com dados e conclusões de algumas entrevistas realizadas.

os 7,4 milhões de habitantes em 2050, segundo estimativas do INE, encontramos, actualmente, seis organismos públicos a dedicarem-se à reprodução humana assistida, a saber: Hospital de Santa Maria, Maternidade Dr. Alfredo da Costa, Hospitais da Universidade de Coimbra, Hospital de S. João, Hospital de Vila Nova de Gaia (inicialmente em parceria com o Instituto de Genética Médica), Hospital de Guimarães²⁰. Estas instituições (públicas e privadas) constituem assim a última esperança de quem tudo faz para combater a infertilidade.

Por tudo, a partir daqui não se pode mais voltar atrás e ignorar a realidade que constituirá na sua essência o dealbar do séc. XXI²¹.

II. Em 1983, o presidente do Comité Francês de Ética declarava:

«*Les chercheurs ont maintenant en laboratoire des embryons dont ils ne savent que faire, c'est un grave problème*»²². Vejamos, pois, o problema dos embriões excedentários.

A técnica da FIVETE (fertilização *in vitro* e transferência de embriões), utilizada, principalmente, nos casos em que se verifica a obstrução das trompas de falópio - o que impede o espermatozóide de

²⁰ Seria interessante fazer um levantamento das instituições privadas que, dedicando-se à prática destas técnicas, se encontram a funcionar no país, bem como conhecer as suas regras de actuação.

²¹ Para uma mais fácil compreensão do problema que de seguida nos ocupará, passamos a enunciar, esquematicamente, as várias técnicas de reprodução humana assistida.

Técnicas de Reprodução Humana Assistida:

1. Inseminação artificial (I.A.):
 - 1.1. Homóloga (com sêmen do marido ou do homem do casal em união de facto);
 - 1.2. Heteróloga (com sêmen de dador);
2. Fertilização *in vitro* e transferência de embriões (FIVETE);
3. Transferência intrafalopiana de gâmetas (GIFT);
4. Transferência intrafalopiana de zigotos (ZIFT);
5. Injecção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).

²² RAYBAUD, GENEVIEVE, «La Nature et l'Artifice dans la Filiation. Fécondation *In Vitro*. Insémination Artificielle. Mères Porteuses», pág. 15, 34.º Curso de Estudos do Centro Internazionale Magistrati «Luigi Severini», 2-5 Setembro de 1987.

atingir o óvulo e este último de atingir também o útero -, implica uma sucessão de etapas:

- recolha de um ovócito maduro e fecundável;
- obtenção de espermatozóides fecundantes;
- colocação em cultura;
- transferência do embrião.

O ovócito é recolhido depois de uma estimulação dos ovários, isto é, após a tomada de comprimidos ou injeções intra-musculares, que ajudam ao crescimento dos folículos intra-ovarianos. Nos dias que precedem a ovulação, são feitos exames ecográficos e procede-se à análise de sangue, a fim de se verificar se os ovócitos estão ou não maduros, em vista da recolha. Se o estiverem, a ovulação é provocada.

Acontece que no mesmo ciclo ovárico não se obtém apenas um óvulo, mas 4 a 7 (ou mais), resultado que se deve ao estímulo do ovário com as preparações hormonais. Esta estimulação é feita a fim de se aumentar o sucesso da intervenção: estatísticas mostram que a probabilidade de uma gravidez é de 20% se forem transplantados simultaneamente 3 embriões, taxa que aumenta para 30% se forem implantados 5 embriões. Todavia, este aumento de 10%, implica também o risco de a paciente ter uma gravidez múltipla²³.

Ora, se todos os óvulos obtidos forem fecundados originando um número correspondente de embriões viáveis, sabendo que não podem ser transplantados mais do que três embriões (já que a paciente correrá o risco de gravidez múltipla), teremos obrigatoriamente embriões supra-numerários, se de imediato resultar a gravidez.

Pergunta-se: qual será o destino a dar a estes embriões?

Em abstracto, poderão ser:

- congelados, em vista de outras futuras utilizações (pelo mesmo casal, ou integrados no projecto parental de outros casais);
- destruídos;
- utilizados em pesquisas científicas (por exemplo, para fins terapêuticos...).

²³ Seguimos, no âmbito da exposição que acabou de ser apresentada, o que dispõe o *Relatório Científico* de 15.12.86, Anexo 2, do *Comité Consultatif National D'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*.

Todo este problema da criação de embriões excedentários pode ser acautelado com a fecundação de um número limitado de óvulos: apenas seriam fecundados os óvulos necessários a garantir o sucesso da operação. E por aí tentou enveredar o nosso legislador, como podia ver-se no Decreto pré-legal, n.º 415/VII.

Assim, no artigo 20.º do capítulo IV, relativo à fecundação *in vitro*, depois de se estabelecer no n.º 1, que *não deverá haver lugar à criação de forma deliberada de embriões excedentários*, limitava-se, no n.º 2, a cinco o número de ovócitos a serem fecundados. Por outro lado, estabelecia-se no artigo 21.º que todos os embriões obtidos deveriam ser implantados, salvo *risco de sobrevida dos mesmos, ou impraticabilidade da sua transferência para o organismo materno no ciclo ovárico em que tiveram origem*, admitindo-se só então que o processo de congelamento pudesse ter lugar e obrigando-se o casal, sob compromisso, a utilizar os embriões congelados no prazo máximo de três anos, findos os quais poderiam passar os mesmos a ser utilizados no projecto parental de um outro casal, mediante *registo justificativo* e prévio consentimento dos anteriores beneficiários; não sendo permitida a destruição de embriões.

Ora, resolviam-se à partida os problemas da produção de embriões excedentários, mas parecia comprometer-se drasticamente o sucesso da FIVETE, enquanto técnica de procriação artificial.

Suponhamos que numa estimulação ovárica sejam obtidos 7 ovócitos. Destes, apenas 5 poderão ser fecundados. Que fazer com os outros dois? É que a sua congelação não é viável (daí não existirem bancos de óvulos), ao contrário do que acontece com o esperma, que pode ser conservado em azoto líquido a uma temperatura negativa de 196 graus, sem que perca nenhuma das suas qualidades. Admitamos, pois, que são estes gâmetas destruídos. Por outro lado, apenas poderão ser implantados no útero, como vimos, três embriões (dado o risco de gravidez múltipla que correria a paciente), sendo então de apenas 20% a probabilidade de sucesso desta técnica. Por todas estas razões é que foi desenvolvida a técnica de congelamento de embriões, a fim de que pudessem ser utilizados em outras tentativas. Ora, se na nossa hipótese, considerando que dos 5 ovócitos resultam efectivamente 5 embriões, aquelas duas tentativas de

transferência não obtiverem sucesso (transferência de três embriões mais transferência de 2 embriões), terá o casal de se submeter a novas intervenções, dolorosas e dispendiosas, o que poderia talvez ser evitado se se tivesse procedido à fecundação de mais óvulos e ao congelamento dos embriões daí resultantes. Tenha-se, aliás, em atenção que consideramos, ao que nos é dado crer, a melhor das hipóteses, isto é: que os 5 ovócitos deram origem ao número correspondente de embriões. Ora, nem sempre assim sucede²⁴.

Dir-se-á que, ainda assim, é preferível limitar o número de ovócitos a fecundar, face ao risco de criação de embriões excedentários²⁵... A verdade é que - tal como se pode ver no Anexo 2, pág. f, do Relatório Científico do Comité Consultivo Francês, de 15 de Dezembro de 1986 -, em média, o elemento feminino do casal submete-se a cerca de três tentativas por ano, das quais resultam sequelas físicas, não sendo também de menosprezar as sequelas psicológicas: as da própria mulher e as globalmente sofridas pelo casal...

Nessa medida, parece-nos que cabe aos médicos, que lidam com estas práticas, julgar da necessidade do número de óvulos a serem fecundados (número que eventualmente tenderá a variar, em função dos próprios progressos científicos constantes), estabelecendo-se, quanto ao destino de embriões supranumerários eventualmente originados, mediante o prévio consentimento dos beneficiários: a possibilidade da sua utilização por outros potenciais beneficiários (sempre que o «doador» não pretendesse ter mais filhos ou não exercesse esse direito em certo prazo, e não envolvendo tal prática riscos); prevendo-se, em última instância, visto o embrião não dever

²⁴ MOUTINHO, SANDRA, ob. cit., págs. 179 e ss. A autora relata - como já foi referido - a sua própria experiência pessoal, em que o problema da infertilidade resulta do marido; referindo-nos que, de 9 ovócitos obtidos em um ciclo ovárico resultaram apenas 2 embriões, com o que não foi possível alcançar a gravidez.

²⁵ Ainda assim, nem com aquela medida do legislador se evitaria o problema dos embriões excedentários. Suponhamos que é realizada a fertilização de apenas 5 dos ovócitos obtidos e que, antes ainda de se preceder à sua transferência para o útero, o casal falece... A hipótese extrema consubstancia um caso real, vide SILVA, PAULA MARTINHO, ob. cit., pág. 59 e ss.

ficar eternamente congelado, a sua destruição, ou a utilização em pesquisas científicas - sob apertado controlo de uma Comissão independente - e subsequentemente a sua destruição. Estas duas alternativas finais, não costumam ser acolhidas com grande simpatia. Efectivamente, e desde logo quanto à admissibilidade da destruição de embriões, é a mesma vista por alguns sectores sociais como absurda dado o embrião surgir, aqui, de uma técnica que visa criar a vida, tão-pouco se apresentando como contra-argumento invocável a possibilidade do aborto.

Assim, se a redacção inicial da Proposta de Lei n.º 135/VII estabelecia, no (depois eliminado) n.º 3 do artigo 20.º, que «[o] número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal, que será objecto de registo justificativo», já na passagem para o Decreto pré-legal n.º 415/VII o legislador viria a limitar de forma rígida o número de ovócitos a fertilizar (e portanto a admitir apenas de forma excepcional o congelamento de embriões, enquanto única forma de *obstar à sua destruição* por não terem podido ser implantados simultaneamente no útero da mulher); não relevando de todo a taxa de sucesso da FIVETE resultar assim gravemente comprometida.

Ora, em face de tudo isto, verifica-se que o legislador teria tido aqui uma preocupação e cautela excessivas quanto à não produção de embriões excedentários, que o deixava indiferente, ou o fazia esquecer outros aspectos da questão. É que, tudo pesado, o ponto da questão, face ao artigo 20.º, n.º 2, do referido Decreto pré-legal, parece discretamente deslocar-se para uma pergunta inicial: a de saber quais as técnicas de procriação artificial que são efectivamente admitidas; nomeadamente, a de saber, se a FIVETE, uma das mais importantes destas técnicas, é ou não admitida. Quanto a nós, tem o legislador de dizer claramente se aceita o risco eventual da produção de embriões excedentários. Se o aceitar, tem apenas de prover, o que de si não é simples, quanto ao destino destes embriões, opções que, então, poderão e deverão ser discutidas.

Não fora por isso, talvez, muito feliz o legislador na redacção do n.º 2 deste artigo 20.º.

Evidentemente que toda esta problemática passa pela resposta a

dar quanto ao estatuto jurídico do embrião.

Recorde-se a propósito o primeiro parecer, emitido em 22/05/1984, pelo *Comité Consultatif National D'Éthique Pour les Sciences de la Vie et de la Santé*. Nele se afirma que o embrião humano deve ser reconhecido como uma pessoa potencial, constituindo essa qualificação o fundamento do respeito que lhe é devido. E no parecer de 15 de Dezembro de 1986, pode ler-se:

«Toute fécondation humaine conduit à la formation d'un embryon qui devrait être appelé, en raison du projet parental, à donner naissance à un enfant, bien que cette naissance ne puisse à l'évidence être garantie. S'agissant de fécondation in vitro, la création d'embryons humains est délibérément voulue ; l'exigence du respect de la personne en devenir dans l'embryon s'en trouve renforcée».

Também ALBERTO TRABUCCHI, partilhando estas concepções, as invoca para recusar a possibilidade de utilização de embriões em pesquisas científicas ao afirmar que:

«Neppure la prospettiva di un destino migliore per la vita dell'uomo di domani può giustificare il sacrificio della vita di oggi»²⁶.

O certo é que a generalidade dos «experts» admitiu, embora com limitações, esta pesquisa científica. Assim: o relatório Warnock²⁷ admitiu-as desde que tais pesquisas incidissem apenas sobre embriões com menos de 14 dias. Proibia, no entanto, o mesmo relatório, a produção de embriões com fins experimentais. Também o Comité Consultivo Francês as admitiria, embora dentro de um quadro restrito. O CAHBI (*Comité ad-hoc d'experts sur les Progrès des Sciences Biomédicales*), em 1986, nos seus Princípios Provisórios, admite-as quando, por exemplo, tenham as mesmas um fim preventivo, terapêutico, ou o objectivo de diagnosticar doenças graves no próprio embrião (únicos casos em que

²⁶ «Procreazione Artificiale e Genetica Umana Nella Prospettiva Del Giurista». *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXXII, N.º 1 Gennaio-Febraio, 1986, pág. 507.

²⁷ O Relatório Warnock, publicado em Inglaterra seis anos após o nascimento de Louise Brown, o primeiro «bebé-proteta» do mundo, exprimia as preocupações que então se abateram sobre a comunidade, ao mesmo tempo que estabelecia um conjunto de recomendações que se pretendiam orientadoras da futura legislação a produzir, com vista a colmatar o vazio jurídico na matéria da Reprodução Humana Assistida.

se admite a sua implantação no útero da mulher); considerando ainda admissíveis tais pesquisas se efectuadas com vista ao aperfeiçoamento das técnicas de procriação artificial, e desde que tal não possa ser conseguido por outros meios. Em todos os casos, o embrião só poderá ser utilizado até ao 14.º dia, não se contabilizando para o efeito o período de conservação por congelação; exige-se ainda o consentimento do casal e do dador de gâmetas, para a realização destas práticas, proibindo-se a criação deliberada de embriões com vista a pesquisas científicas (Princípio 18, Variantes I e II).

Já o artigo 7.º, do Decreto pré-legal n.º 415/VII, que sumariamente analisamos, proibía a utilização de embriões excedentários em pesquisas científicas, ressalvando embora a admissibilidade de investigação quando a mesma tivesse *como única finalidade o benefício do próprio embrião*.

Assim, verificava-se que o legislador tomava uma posição quanto ao estatuto e natureza jurídica do embrião, que tinha na sua base, parece-nos, a invocação da ideia frequentemente adiantada de que o filho não é um bem em si mesmo, e não havendo um direito absoluto ao filho, não poderia também o embrião ser tratado como objecto de propriedade privada daqueles que o geram.

No futuro, em face do art. 18.º, n.ºs 1 e 2 da Convenção de Oviedo, o legislador ordinário deverá consagrar a proibição da criação de embriões *in vitro* para fins de investigação, obrigando-se a garantir uma protecção adequada dos mesmos se vier a admitir a sua utilização em pesquisas científicas.

Ponderemos ainda dois outros aspectos do Decreto n.º 415/VII que nunca chegou a lei, porquanto foi vetado: o da possibilidade da fertilização/inseminação *post mortem* e o da identificação do dador.

Na Proposta de Lei n.º 135/VII, a inseminação artificial *post mortem* era inicialmente proibida (art. 18.º), de acordo aliás com a ideia e recomendações do Conselho da Europa, estabelecendo-se, quanto à fertilização *in vitro post mortem*, uma remissão para o que naquele artigo 18º se consagrava. Deste modo e quanto à fertilização *in vitro*, em face do espírito do diploma que não permitia, como vimos, a destruição de embriões, haveria que distinguir: sempre que à data da morte do elemento masculino não tivessem ainda resultado quaisquer

embriões, o processo seria paralisado e os gâmetas destruídos; se já tivessem resultado embriões deste processo, poder-se-ia proceder à sua transferência para o útero da mulher²⁸. Assim, nem a inseminação artificial nem a fertilização (*stricto sensu*) *post mortem* eram inicialmente admitidas, devendo os gâmetas ser destruídos. O que terá levado o legislador na passagem para o Decreto pré-legal n.º 415/VII a permiti-las? É que, desde logo, vem-se a permitir, o nascimento de crianças órfãs de pai, levantando-se problemas no que ao estabelecimento da paternidade respeita, e obviamente problemas sucessórios.

Mas, questionamos nós, se se admite o nascimento de crianças órfãs de pai, por que razão se restringem as técnicas de reprodução humana assistida aos casais heterossexuais formalmente constituídos e à união de facto? Porque não admiti-las quanto a mulheres solteiras, como o faz, de resto, a lei Espanhola²⁹? É certo que o legislador veio estabelecer a subsidiariedade das técnicas de R.H.A, entendendo-as como técnicas de combate à infertilidade, salvo nos casos em que, pela reprodução sexual, se verificasse o risco de transmissão à criança de uma doença hereditária grave, ou de uma doença genética que pudesse conduzir à sua morte precoce ou a deficiências graves (art. 2.º). E tal não invalidaria que mulheres celibatárias a elas recorressem.

Por outro lado, terão estas crianças que assim nascem mediante inseminação/fertilização *post mortem* quaisquer direitos sucessórios sobre a herança do *de cuius*? A atribuição de direitos sucessórios é

²⁸ É este o entendimento que retiramos das disposições constantes da Proposta de Lei de 1997. É que, a não ser permitida a implantação do embrião só poderia o mesmo ser doado para integrar o projecto parental de um outro casal, já que a destruição de embriões era proibida (art. 21.º), e dado igualmente serem proibidas as pesquisas científicas em embriões (artigo 7.º). Porém, como justificar agora a proibição da utilização deste embrião pelo elemento sobrevivente do casal e simultaneamente, dele obter a permissão para a sua utilização por terceiros, a fim de evitar a sua destruição?

²⁹ O artigo 6.º da Lei Espanhola (Lei n.º 35/88 de 20 de Outubro) dispõe que «toda» a mulher poderá ser receptora ou usuária das técnicas de reprodução médica assistida; e no n.º 3 refere que «si estuviere casada», há-de requerer-se o consentimento do seu marido. Assim, estende-se claramente à mulher em qualquer estatuto civil o direito de recorrer a estas técnicas.

dependente do estabelecimento da filiação. E desde logo, o artigo 19.º do referido Decreto (vetado) que se referia ao estabelecimento da paternidade podia suscitar dúvidas, como bem refere TIAGO DUARTE³⁰. Consideremos, ainda assim, o caso em que ao falecido era, sem qualquer dúvida, atribuída a paternidade. Ora, verificava-se que no diploma em causa não estabelecia o legislador, ainda assim, nenhuma disposição sobre matéria sucessória.

O art. 2033.º, do Código Civil, atribui capacidade sucessória aos nascituros na sucessão legal e aos concepturos na sucessão testamentária. Não nos parece, contudo, que seja sustentável a tese de que já existiria concepção ao tempo da abertura da sucessão, se ainda não houvesse ocorrido àquela data a implantação no útero da mulher. Assim, propendemos para entender que, na ausência de estipulação pelo legislador, e salvo melhor opinião, as crianças nascidas, quer no caso da inseminação *post mortem* quer no caso da fertilização *in vitro post mortem*, seriam sempre havidas por concepturos, apenas podendo ser contempladas no âmbito da sucessão testamentária.

A solução do anonimato do dador de gâmetas, femininos ou masculinos, parece-nos, do ponto de vista jurídico, melhor do que a da sua identificação por, neste caso, e como refere PAULA MARTINHO, a criança ser confrontada com a possibilidade de conhecer vários «pais» (biológico e sociológico), e o dador - que nunca terá actuado com qualquer intenção ou projecto de paternidade/maternidade, não podendo ser-lhe assacadas quaisquer responsabilidades parentais -, confrontado, de repente, com pelo menos 10 indivíduos³¹, a querer conhece-lo por ter concorrido assepticamente com os seus gâmetas para os seus nascimentos, já há pelo menos 18 anos e 9 meses atrás³²...

³⁰ DUARTE, TIAGO, ob. cit. pág. 101, nota 215. O autor trata especialmente a questão do estabelecimento da filiação das crianças nascidas por recurso às técnicas de R.H.A.

³¹ Vide supra nota n.º 11.

³² De acordo com o art. 12º do Decreto n.º 415/VII que não chegaria a ser promulgado, podiam as pessoas nascidas na sequência de processos de procriação medicamente assistida, após a maioridade, requerer, junto da futura Comissão de Orientação e Acompanhamento - a instituir -, informações sobre todas as circunstâncias do seu nascimento, incluindo a identificação dos dadores de gâmetas ou do embrião.

Todavia, pode questionar-se se o anonimato pode ou deve ser absoluto ou se não deverão os dados relativos ao património genético do dador ser revelados, o que, diz-se, se revela, a nível do historial clínico da criança, como sendo da máxima importância.

Na primeira audição pública sobre manipulação genética, levada a cabo pelo Parlamento Europeu, e que decorreu em Bruxelas de 27 a 29 de Novembro de 1985, estabelecia-se que o dador deve permanecer anónimo. A Dr.^a NORRIS (Secretária honorária da Federação Mundial dos Médicos que respeitam a vida humana - Reino Unido), alegaria, porém, que «num futuro próximo os indivíduos pretenderão ter acesso cada vez mais, à sua história genética» e JOSEPHINE BARNES (especialista da fertilidade na Universidade de Oxford e membro do comité Warnock - R U), entenderia que, «se o dador há-de ter direito ao anonimato (...) também as crianças assim nascidas deverão ser informadas acerca da forma como foram concebidas». Já o CAHBI, relativamente às normas em preparação, na forma em que foram apresentadas à auditoria pública de Trieste, considerava o anonimato absoluto dos dadores de gâmetas, no caso da utilização de técnicas não proibidas, ao nível das condições controversas.

Assim, se a generalidade dos peritos se inclinava para a solução do anonimato do dador, alguns mostravam-se adeptos da solução mitigada de um anonimato não completo, atendendo a que, se por um lado, se deveria facilitar o estabelecimento da paternidade/maternidade de crianças assim nascidas, por outro, haveria que atender ao direito que essas crianças têm de conhecer as suas origens (modo da sua concepção), e o seu património genético (direito a conhecer as características genéticas do dador).

Não foi esta, já o sabemos, a opção por que o nosso legislador no Decreto pré-legal n.º 415/VII tinha enveredado, pois que consagrava em termos absolutos o princípio da identificação do dador no art. 12.º.

Atendendo à leitura propiciada pelo art. 26.º, n.º 1, da CRP, antes da revisão constitucional de 1997, entendiam já então alguns autores que o princípio do anonimato do dador seria inconstitucional. Ora, entendíamos, nessa altura, que a norma do art. 26.º tem as suas origens históricas no domínio da diferenciação injusta que o direito da filiação permitia, antes da reforma operada pelo Dec.-lei n.º 496/77, quanto a

filhos nascidos na família e filhos nascidos fora da família. A criança que nasce mediante o recurso às técnicas de R.H.A. em nada é discriminada, pelo facto de não conhecer o dador de gâmetas. Tem um pai e uma mãe. Constitui até um exemplo de um filho, talvez ainda mais desejado do que muitos filhos concebidos pelo método tradicional e natural.

Todavia, na quarta revisão constitucional, operada em 1997, acrescentou o legislador um n.º 3 àquele art. 26.º da CRP:

«A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica».

Não nos parece, ainda assim, que obrigue a norma em questão, sob pena de inconstitucionalidade, à identificação do dador de gâmetas. A garantia da *identidade genética* terá - salvo melhor opinião -, a sua aplicação na proibição da clonagem. Esta, é que levaria ao surgimento de um indivíduo que, do ponto de vista genético, teria exactamente a mesma informação que o dador do núcleo para a formação do ovo. A criação científica de gémeos verdadeiros desfasados no tempo, pela utilização das tecnologias, eis o que atentaria contra o *novo* princípio da identidade genética agora consagrado constitucionalmente e em perfeita sintonia com as preocupações que o Estado Português revelava ao assinar e ulteriormente aprovar e ratificar, não só a Convenção de Oviedo, como o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.

Não podemos, pois, concordar com TIAGO DUARTE, quando afirma que o legislador no n.º 3 do art. 26.º da CRP, decidiu interpretar autenticamente a norma constitucional que estabelecia o direito à identidade pessoal (n.º 1 do art. 26.º, da CRP), concluindo, desse modo, pela inconstitucionalidade de qualquer norma legal que venha a estabelecer a possibilidade de anonimato dos dadores de esperma, de óvulos ou de embriões.³³

Parece-nos, pois, que o princípio da identidade referido no n.º 1 do art. 26.º, não deixará de ser respeitado se à criança for dada a conhecer

³³ DUARTE, TIAGO, ob. cit., pág. 44.

a forma da sua concepção e as características genéticas do dador, continuando a pertencer ao legislador ordinário a opção, necessariamente equacionada, de consagrar o princípio do anonimato do dador (na sua forma absoluta ou mitigada).

Como já anteriormente tivemos oportunidade de referir, o Decreto em causa foi vetado pelo Presidente da República, em 30 de Julho de 1999. Na mensagem que fundamentava o veto solicitando nova apreciação do diploma pode ler-se: *«Tratando-se, para mais, de uma primeira lei específica sobre o tema, parece aconselhável que o legislador, assegurando a realização plena do valor da dignidade da pessoa humana, tal como ele é partilhadamente assumido pela consciência jurídica das nossas sociedades pluralistas, procure evitar soluções demasiado regulamentadoras, rígidas ou objectivamente indutoras do dissenso. [...] Por outro lado, e conforme tem sido salientado por sectores significativos da comunidade científica e médica actuante neste domínio, a regulamentação aprovada pela Assembleia da República, tal como consta deste Decreto, poderia colocar em risco a própria viabilidade prática de algumas das mais importantes técnicas de procriação medicamente assistida e ter consequências desproporcionadas e desnecessariamente gravosas para os beneficiários interessados».*

Não queremos alongar mais a nossa exposição. Pelo pouco que sempre fomos dizendo, e pelas muitas dúvidas aqui colocadas, já se avalia da complexidade e delicadeza dos problemas que a temática suscita. Se tivermos conseguido despertar a curiosidade, e envolvido a atenção de quem até aqui connosco chegou, então cumprimos o nosso propósito. As dificuldades sentidas quanto à utilização de determinados termos mostram que numa futura lei se há-de começar por firmar conceitos.

BIBLIOGRAFIA

- COMITÉ AD-HOC D'EXPERTS SUR LE PROGRES DES SCIENCES BIOMEDICALES. «PRINCIPES PROVISOIRES SUR LES TECHNIQUES DE PROCREATION ARTIFICIELLE HUMAINES ET SUR CERTAINS PROCÉDES APPLIQUES AUX EMBRYONS EN LIAISON AVEC CES TECHNIQUES», Note du Secrétariat Général préparée par la Direction des Affaires Juridiques, CAHBI, Conselho da Europa, Strasbourg, 05/03/1986.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis Relatif aux Recherches sur les Embryons Humains In Vitro et à leur Utilisation à des Fins Médicales et Scientifiques», Paris, 15/12/1986.

- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Les Recherches sur L'Embryon Humain In Vitro, Rapport Scientifique». Paris, 15/12/1986.

- CORREIA, CLARA PINTO, *O Essencial sobre os «BEBÉS-PROVETA»*, Imprensa Nacional/ Casa da Moeda, 1986.

- DUARTE, TIAGO, *IN VITRO VERITAS? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

- FIGUEIRA, ÁLVARO S. REIS, «Natureza e Artificio na Filiação», Conclusões do 34º Curso de Estudos do Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". *Separata da Colectânea de Jurisprudência - Tomo II - 1988*.

- GUIMARÃES, JOÃO CORREIA, *O Nosso Século*. Imprensa Moderna, Lda., Porto, 1939.

- LEJEUNE, JÉRÔME, «Problèmes Ethiques et Juridiques de la Génétique Humaine». *Comissão Jurídica e dos Direitos dos Cidadãos, Parlamento Europeu* (PE 103.938/3), Audição de 19 a 21 de Março de 1986.

- MASSADA, JORGE, «Os Artesãos da Hereditariedade». *Expresso-Revista*, 22/09/1990, pp. 10 a 23.

- MOUTINHO, SANDRA, *Tudo por um Filho: viagem ao mundo da infertilidade em Portugal*. Publicações D. Quixote, 2004.

- RAYBAUD, GENEVIEVE, «La Nature et l'Artifice dans la Filiation. Fécondation in Vitro. Insémination Artificielle. Mères Porteuses». Centre International des Magistrats. Pérage, 2-5/09/1987.

- SILVA, PAULA MARTINHO, *A Procriação Artificial - Aspectos Jurídicos*. Moraes Editores, Lisboa, 1986.

- TRABUCCHI, ALBERTO, «Procreazione Artificiale e Genetica Umana Nella Prospettiva del Giurista». *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXXII, n.º1, Gennaio-Febrario, 1986, pp. 495 a 511.

LEGISLAÇÃO

- Lei Constitucional n.º1/2001, de 12 de Dezembro
Quinta revisão constitucional
- Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro
Ratificação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
Ratificação do Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres
Humanos
- Lei n.º 14/90, de 09 de Junho
Criação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- Decreto-lei n.º 319/86, de 25 de Setembro
Disciplina os bancos de sêmen