

M. PATRÃO NEVES

MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE
O DESEJO E O DIREITO A TER UM FILHO

Separata da obra "Estudos de Direito da Bioética, Vol. III"

ALMEDINA – 2009

MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE O DESEJO E O DIREITO A TER UM FILHO¹

M. PATRÃO NEVES

*Professora Catedrática de Ética
da Universidade dos Açores*

Mudam-se os tempos...

O vertiginoso desenvolvimento biotecnológico das últimas décadas tem revestido o Homem de um poder verdadeiramente inédito que apenas a imaginação humana, animada pelo desejo, havia projectado na literatura e no cinema de ficção.

Manda a vontade...

Mas a ficção vem-se tornando realidade e ao Homem cada vez menos é impossível. Hoje, conquistou o poder de “engenheirar” a vida, vegetal, animal e humana, na sua origem, no seu decurso e no seu termo.

O desejo de um filho...

E na origem da vida humana está o desejo de um filho que também o casal infértil pode actualmente realizar através do recurso às tecnologias reprodutivas.

O direito a ter um filho...

A procriação medicamente assistida permite igualmente a conversão da expressão do desejo de um filho na reivindicação do direito a ter um

¹ Texto publicado em *Bioética e Vulnerabilidade*, Coimbra, Almedina, 2007.

filho, instaurando uma nova vulnerabilidade, esta mesma paradigmática de toda a vulnerabilidade humana: a do embrião, a da vida humana na sua pungente e indelével dependência do outro.

1. Do “desejo” ao “direito”: o poder

1.1. *O desejo de um filho*

A prática da procriação medicamente assistida (PMA) é hoje consensualmente legítima enquanto meio para “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que, consciente e responsabilmente, assumiu o valor incondicionado de um filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une. Assim sendo, a PMA é colocada ao serviço do casal, visando, do ponto de vista biológico, restaurar, ou melhor, substituir, uma função ausente que, natural e normalmente, seria desempenhada pelas pessoas em causa, e contribuindo, do ponto de vista humano, para dar uma expressão única a uma relação de amor já existente. Em suma, a PMA é eticamente legítima enquanto concretiza a expressão biológica de uma relação afectiva.

É neste mesmo sentido que se orientam os “Pareceres” do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) sobre a matéria², nomeadamente o n.º 3 de 1993³, o n.º 23 de 1997⁴ e, muito em particular, o mais recente, n.º 44 de Julho de 2004⁵. Este último estrutura-se, na sua globalidade, a partir de dois pressupostos axiais enunciados no segundo parágrafo do “Parecer”: a “fidelidade ao desígnio original das técnicas de PMA” e a restrição da sua utilização a “razões médicas”.

² Sendo o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) um organismo independente e pluralista e reflectindo a sua composição uma significativa diversidade de domínios científicos, os seus pronunciamentos resultam sempre de uma muito ampla discussão, que beneficia dos contributos de uma pluralidade de perspectivas, e a partir da qual se sistematizam os consensos possíveis. Os dissensos são expressos nas declarações de voto.

³ Cf. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, “3/CNE/93”, *Documentação*, vol. I (1991-1993), 1993: 75-100.

⁴ Cf. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, “23/CNECV/97”, *Documentação*, vol. IV (1997), 1998: 63-67.

⁵ Cf. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, “44/CNECV/2004”, *Documentação*, 9 (2004), 2004: 67-71. Todos os “Pareceres” do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida estão disponíveis em <http://www.cnecv.gov.pt>

O primeiro aspecto – “fidelidade ao desígnio original” –, justifica que a PMA seja apresentada como um “método terapêutico subsidiário” (44/CNECV/2004, 3), isto é, de assistência médica à infertilidade percebida como doença, rejeitando assim a possibilidade de vir a ser utilizada como “procedimento alternativo à reprodução natural”, ou seja, como uma mera técnica reprodutiva de livre acesso aos possíveis interessados e para as finalidades por eles projectadas. Deste modo, o recurso à PMA fica circunscrito: aos casais heterossexuais inférteis, ao abrigo do “princípio da subsidiariedade”, que perspectiva a utilização das biotecnologias como meio humano para restaurar uma função natural que, por deficiência, se não verifica; e à manipulação exclusiva dos gametas do casal, ao abrigo do princípio da “não instrumentalização da vida humana, decorrente do princípio da dignidade humana” (*Ibid.*, 7), na medida em que apenas a procriação assistida com os gametas do próprio casal garante que a finalidade do procedimento não é a da geração de uma criança, mas a do filho daquele casal (concretização biológica de uma vivência de amor).

O segundo aspecto – a subordinação do recurso à PMA a razões médicas – surge, inicialmente, de um modo algo inesperado na medida em que já estaria contemplado no primeiro enunciado: a restrição das técnicas de PMA às situações de infertilidade equivaleria ao seu recurso exclusivo para assistência a esta doença. A especificação agora introduzida, e aparentemente desnecessária, indicia que a PMA, no seu desígnio original de superar a infertilidade, ou não a perspectivava como uma doença, e/ou que existem outras situações clínicas, para além da infertilidade, que podem beneficiar da PMA. Neste último caso, o recurso à PMA seria viabilizado para outras situações para além das de infertilidade, ao abrigo do princípio de ética médica da beneficência, como obrigatoriedade de promover o bem da pessoa doente. É também neste contexto que se justificam as derrogações que o CNECV admite tanto ao “princípio da subsidiariedade”, na admissibilidade do recurso à PMA para “prevenção da transmissão de doenças graves de origem genética ou outra” (*Ibid.*, 4), como, afinal, ao da “não instrumentalização da vida humana”, na admissibilidade do “recurso a doação singular de gametas”, “quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal” (*Ibid.*, 8).

Estas derrogações não são consensuais – o que aliás se evidencia em diferentes “declarações de voto” a este Parecer de 2004. E não o são sobretudo na medida em que extravasam o âmbito de uma PMA dita homóloga, no sentido em que envolve apenas gametas dos aspirantes a pais, e se desenvolvem no âmbito de uma PMA heteróloga, isto é, envolvendo elementos estranhos ao casal. Rompe-se assim o princípio da

subsidiariedade, uma vez que a acção médica já não atende única e especificamente à situação de infertilidade do casal, mas visa a produção de uma criança; a partir daqui, abre-se a porta a uma panóplia de situações que não se relacionam mais com a infertilidade, franqueia-se a possibilidade de desrespeito do princípio da não instrumentalização da vida humana, uma vez que esta é agora gerada recorrendo ao material biológico considerado necessário e independentemente da coincidência entre a “dimensão afectiva” e a “componente biológica” da procriação; e dificilmente se pode invocar o princípio de ética médica da beneficência que, no âmbito da PMA, só se aplica com propriedade a par com o da subsidiariedade. O princípio da beneficência só pode ser invocado se a PMA se aplicar como “método terapêutico subsidiário”, isto é, considerando a infertilidade como doença do casal e colmatando a deficiência reprodutiva deste.

De facto, estas derrogações só se compreendem cabalmente ao abrigo do princípio da autonomia, isto é do respeito da vontade livremente expressa por cada pessoa, e na afirmação da preponderância deste princípio ético em relação a outros, numa clara assunção de um sistema liberal de valores de pendor libertário. Com efeito – importa reconhecê-lo –, o recurso à doação de gâmetas para a produção de um novo ser não supera ou contorna a infertilidade do casal, cuja relação permanece sem expressão biológica, nem tão pouco favorece a assunção da condição de infertilidade do casal, mais facilmente conduzindo a uma atitude de má-fé, sob a pretensa exclusiva exigência de respeito pela sua autonomia.

A invocação do princípio da autonomia para o recurso à PMA implica o deslocamento da atenção à doença do casal e ao seu tratamento para a pessoa individual e os seus interesses o que, relativamente à geração de uma nova vida, favorece o deslocamento da atenção do filho a gerar, enquanto projecto parental, para os candidatos a pais, enquanto sujeitos dotados de vontade própria e livres. Em suma, a consideração exclusiva do princípio da autonomia no âmbito da PMA conduz à conversão do comum desejo de um filho, enquanto expressão de um projecto parental, num reivindicado direito a um filho, enquanto visado pela liberdade dos candidatos a pais.

1.2. O direito a um filho

Consideramos pois que a PMA dita heteróloga, pretendendo ser apoiada por diferentes princípios éticos, só se justifica verdadeira e

amplamente a partir do princípio da autonomia e na afirmação deste como preponderante, no caso de dilema com outros princípios. Daí que, sendo a PMA com recurso a dador uma prática comum no mundo ocidental e também em Portugal, ela seja invariavelmente reclamada no âmbito de uma designada liberdade reprodutiva. Esta, inicialmente reivindicada como direito de cada um a decidir o número de filhos a ter e a ocasião para os gerar, no âmbito do controlo da fertilidade, vê-se hoje pervertida numa reivindicação do direito a ter filhos e de opção quanto às modalidades disponíveis para os gerar, agora no âmbito do controlo sobre a infertilidade. A diferença qualitativa mais significativa é a de que o primeiro direito enunciado incide sobre o corpo do próprio, sendo um direito negativo, de não ingerência, enquanto o segundo se exerce sobre uma nova vida, um outro ser humano, sendo um direito positivo, de exigência de realização e/ou posse de um bem, neste caso, de um filho.

A legitimação da prática da PMA apenas pelo princípio da autonomia permite que ela venha a ser utilizada numa crescente diversidade de situações, de modalidades de intervenção e de número de protagonistas envolvidos no processo reprodutivo, a partir do recurso, potencialmente cumulativo, à doação de esperma criopreservado em bancos de esperma, à doação de ovócitos *in vivo*, à utilização do útero de uma outra mulher que não a que aspira a ser mãe. A partir daqui os cenários possíveis multiplicam-se quase exponencialmente.

No que se refere à doação de esperma, podemos mencionar, a título de exemplo, a mulher lésbica que, independentemente de ser infértil, recusa manter uma relação heterossexual e opta por recorrer a um banco de esperma para que, através de uma inseminação artificial ou de uma fertilização *in vitro* possa vir a engravidar e ter um filho; ou ainda um caso menos comum como é o da pastora norte-americana Lesley Northrup que, em 1987, solteira e virgem, recorreu à doação de esperma para se tornar numa mãe-írmã. O recurso a bancos de esperma é já hoje uma prática não rara que, além de desrespeitar o princípio da subsidiariedade – não há qualquer infertilidade diagnosticada –, instrumentaliza a vida humana porque produz uma criança fora de uma relação afectiva – realidade única que justifica e legitima a sua existência⁶ – e introduz uma

⁶ Só a existência da relação afectiva do casal legitima eticamente a geração de um filho, expressão biológica e também espiritual de uma vida partilhada pelos seus progenitores. À margem do recurso às tecnologias reprodutivas, podemos aqui referir o exemplo recorrente do casal cuja relação afectiva se está a deteriorar e que decide ter um

assimetria no casal – apenas um dos membros do casal mantém uma relação biológica com o filho – ou satisfaz um desejo egoísta – no caso da mulher singular que priva intencionalmente o novo ser da presença e mesmo do conhecimento de um dos seus progenitores biológicos, o pai.

Já no que se refere à doação de ovócitos, podemos aqui lembrar, mais uma vez a título de exemplo, a mulher pós-menopausa que recorre a ovócitos de mulheres jovens, a serem fertilizados *in vitro* pelo espermatozóide do seu marido, sendo o embrião posteriormente transferido para o seu útero. Estes casos, não obstante ainda relativamente escassos, são empenhadamente divulgados pela comunicação social, granjeando um significativo impacto no público, tal como aconteceu com a romena Adriana Iliescu que bateu o record da parturiente mais velha do mundo, com 66 anos. Mais uma vez se desrespeita o princípio da subsidiariedade – uma vez que o factor impeditivo da procriação natural da mulher não é a infertilidade mas o envelhecimento –, bem como o da não instrumentalização da vida humana pelas razões fundamentais apontadas de ausência do berço da relação afectiva e da distorção de uma visão autocentrada da relação mãe-filho. Acresce, neste caso, o agravamento do inconformismo ou má-fé testemunhados no dar à luz uma criança que não é biologicamente sua e que, deliberadamente, por exclusivo interesse próprio, sujeita a uma provável orfandade precoce⁷.

Por fim, no que se refere ao terceiro aspecto apontado – o de útero de substituição – evocamos o exemplo da jovem que não tem útero ou que sofre de uma doença grave incompatível com a maternidade, e que

filho para, como é comum dizer-se, “salvar o casamento”. Também neste caso se assiste à instrumentalização da geração de um filho e mais uma vez se verifica a ausência de uma relação afectiva, a única que garante a dignidade do novo ser humano a gerar. Não obstante, esta realidade não invalida nem tão somente enfraquece o argumento da não instrumentalização da nova vida como contrário à PMA heteróloga. O facto desta moralmente reprovável instrumentalização de um novo ser humano ocorrer por meios naturais não pode nem deve constituir argumento favorável para a institucionalização da sua prática repetida por meios artificiais, através da PMA, no reiterar da falta moral.

⁷ O facto de muitas crianças, recém-nascidos e mesmo fetos poderem ser violentamente afectados pelas circunstâncias de vida que os acolhem e acompanham o seu crescimento (por exemplo: morte do pai antes do nascimento, acidente e posterior deficiência da mãe durante a gestação, morte prematura do casal, etc.), por causas acidentais e não desejadas, é qualitativamente distinto (e, por isso, não comparável) com a geração de novas vidas humanas em circunstâncias antecipada e deliberadamente constituídas em prejuízo da criança (reproduzindo intencionalmente situações acidentais indesejadas). O raciocínio desenvolvido na nota anterior acerca da não reiteração institucional de uma situação natural reprovável, aplica-se de igual modo em relação à presente questão.

propõe a recolha dos seus ovócitos e do esperma do marido para que depois de gerado um embrião, este possa vir a ser implantado no útero de uma outra mulher que se voluntarizou para a gestação do novo ser; ou ainda, numa situação hoje igualmente rara, o caso de dois homossexuais britânicos, Barrie Drewitt e Tony Barlow, que compraram ovócitos a uma mulher norte-americana os quais, depois de fertilizados com o esperma de ambos, foram recebidos no útero de uma outra mulher, também britânica, que veio a dar à luz os gémeos (heterozigóticos) daqueles dois pais. Mais uma vez se desrespeita o princípio da subsidiariedade na medida em que a acção médica não visa a restauração da capacidade reprodutiva, absolutamente inexistente ou rigorosamente não utilizada, mas antes produzi-la onde está ausente ou tão simplesmente não exercitada. Para além da instrumentalização do novo ser em gestação e das condições adversas a que a sua vida é intencionalmente sujeita, acresce ainda a instrumentalização da mulher-gestante, reduzida agora a incubadora.

As três diversas situações de deficiência e/ou ausência de um dos três componentes biológicos para a procriação que os casos descritos particularizam – respectivamente, esperma, ovócitos, útero –, são igualmente determinadas pelo respeito pelo princípio da autonomia, singularmente considerado e perspectivado como obrigação positiva. São duas as implicações mais imediatas e graves da preponderância do princípio da autonomia. Uma primeira é a do desregramento da utilização das técnicas da PMA, cujo critério de aplicação fica essencialmente dependente de opções individuais, quer dos candidatos a pais, ditado pela sua vontade ou capricho, quer dos técnicos em geral que trabalham neste domínio, e que tanto pode ser determinado por uma suposta beneficência, como pela afirmação científica, prestígio social, fama mediática, lucro económico, etc. Uma segunda implicação, ainda mais grave, é a da subordinação dos interesses da futura criança aos dos candidatos a pais, negligenciando, calculista e deliberadamente, o elementar direito de cada novo ser humano a ser gerado no seio de numa relação afectiva que o deverá embalar também e acompanhá-lo na vida.

Estes aspectos evidenciam a conversão do legítimo desejo de um filho, enquanto coincidente na sua dimensão biológica com o projecto afectivo, num ilegítimo direito a um filho que, enquanto tal, seria reduzido na sua identidade a um mero objecto ou bem cuja posse seria susceptível de ser reclamada como direito por outrem. Esta é uma consequência directa da aplicação do princípio da autonomia no âmbito da PMA. Esquece-se, entretanto, que o princípio da autonomia só é eticamente legítimo em relação ao próprio ou por respeito a outrem e jamais como

reivindicação do outro, neste caso, do filho. Todo o ser humano é um sujeito de direitos e o não objectivável por excelência⁸; por isso ele é um fim em si mesmo e não um meio de realização de qualquer outro projecto. Eis no que consiste a sua dignidade intrínseca, o seu valor incondicionado. Um filho está absolutamente fora do âmbito de aplicação do princípio ético da autonomia. E um direito a um filho seria incompatível com a dignidade do filho.

2. Do “direito” ao “desejo”: o dever

Regressemos pois ao “desejo” de um filho, rejeitado que está o “direito” a um filho; recuperemos o sentido do “dever” nas modalidades de utilização da PMA, excluída que está a possibilidade de usar esse “poder” indiscriminadamente.

Este sentido do dever é sempre duplamente enunciado. Ele exprime-se primeira e mais amplamente como legitimidade ética, sendo esta hoje fundada, enquanto ética social, em valores partilhados, numa moral comum e num processo de deliberação dialógico e promotor de consensos. Neste plano, introduzimos já a posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que, como vimos, pronunciou-se repetidas vezes sobre as condições em que considera o recurso à PMA eticamente legítimo. Mas o dever exprime-se também, num sentido posterior e mais restrito, como legalidade jurídica, fundada então nos Códigos Civil e Penal. É, aliás, a enunciação do dever jurídico que evita o desregramento da utilização das técnicas reprodutivas, pelo que a elaboração de legislação específica se torna imperativa, tal como afirma a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na sua Recomendação n.º 1046, de 1986, em que sugere a todos os Estados membros que definam os termos a respeitar no âmbito da PMA⁹.

⁸ O debate em torno da PMA está inquinado por várias falácias, algumas das quais temos vindo a apontar. Nesta fase da exposição seria oportuno apontar mais uma que se refere ao reconhecimento, praticamente universal, de que todo o ser humano é um sujeito de direitos não podendo, por isso, tornar-se posse de quem quer que seja numa sua consequente redução ao estatuto de coisa. Compreende-se assim que os pais não são “donos” da criança nascida mas, tão mais sublime, apenas cuidadores ou guardiães responsáveis.

⁹ A Recomendação n.º 1046, de 1986, incide sobre “o uso de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêutico, científico, industrial e comercial”, podendo ser consultada em:

<http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta86/erec1046.htm>

O ano de 1986 é também o do nascimento do primeiro bebé português criado por fertilização *in vitro*. E, todavia, apenas no presente ano de 2006, e depois de algumas iniciativas jurídicas que por diversas razões não se vieram a concretizar¹⁰, se aprovou finalmente em Portugal uma lei da procriação medicamente assistida – Lei 32/2006, de 26 de Julho¹¹ – isto é a enunciação do sentido jurídico do dever. Consideremo-lo confrontando-o com o sentido ético do dever expresso pelo CNECV.

Entendemos que uma lei nacional sobre PMA se define no seu perfil ético-jurídico e comparativamente com outras segundo a comum classificação de liberal, moderada ou conservadora a partir do que estipula em relação a quatro matérias fundamentais: finalidade, beneficiários, material biológico envolvido e disposições relativamente aos embriões, nomeadamente os embriões excedentários.

Finalidade da procriação medicamente assistida

No que se refere à finalidade da PMA, a Lei 32/2006 é inequívoca na afirmação de que se trata de “um método subsidiário, e não alternativo, de procriação” (art.º 4.º, 1), o que denota a perspetivação das tecnologias reprodutivas exclusivamente como meio intervenção médica.

Porém, esta orientação não restringe a PMA ao tratamento de situações de infertilidade. Aquela abre-se a um amplo, quiçá algo indeterminado, leque de possibilidades de intervenção como sejam o “tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (art.º 4.º, 2) e ainda para obtenção de um embrião de um determinado grupo HLA¹² compatível com o de outrém afectado de doença grave e para tratamento deste (art.º 7.º, 3). A ambiguidade do texto da lei na admissibilidade da PMA para “tratamento de doença grave” “ou outras”, sobretudo sem precisar estas últimas, impri-

¹⁰ A iniciativa jurídica de regulamentação da PMA que alcançou maior desenvolvimento antes de fracassar foi a desencadeada em 1997, pelo Governo de então. Este apresentou uma proposta de lei que veio a ser aprovada e convertida em decreto pela Assembleia da República (n.º 415/VII), tendo sido posteriormente vetada pelo Presidente da República (30 de Julho de 1999 – Diário da República, II Série, 82, p. 2316), devido à inexistência de um amplo consenso em matéria de procriação medicamente assistida e questões afins.

¹¹ Disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2006/07/14300/52455250.PDF>

¹² O HLA (*Human Leucocyte Antigen*) é determinante na ocorrência de eventos imunológicos.

me-lhe uma amplitude sob qualquer perspectiva excessiva. Quanto ao alargamento do recurso da PMA às três situações especificadas – evitar a transmissão de doenças de origem genética, de doenças infecciosas e viabilizar a obtenção de um embrião de um determinado grupo HLA – é comum a vários países ocidentais, particularmente aqueles com uma legislação liberal sobre a matéria.

Com efeito, a PMA é já hoje bastante utilizada, nos países ocidentais, entre casais que, sendo férteis, têm razoável probabilidade de transmitirem uma doença genética ao seu futuro filho. Nesta situação, aconselha-se a PMA seguida de diagnóstico genético pré-implantação com o objectivo de “identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher” (art.º 28.º, 1). A PMA tem sido também utilizada por casais em que o homem tem SIDA ou é seropositivo, havendo assim oportunidade para proceder a uma lavagem de esperma prévia à fertilização *in vitro*, procedimento que diminui o risco de transmissão do VIH. Por fim, a situação de um casal recorrer à PMA para obtenção de um embrião de um determinado grupo HLA tem-se verificado como processo de obtenção de um dador de medula compatível com outrem, frequentemente com um anterior filho desse casal afectado de leucemia.

Estas três situações em que a lei portuguesa permite que a PMA extravase a sua finalidade originária de tratamento da infertilidade apresentam problemas éticos diversos. No primeiro caso, a questão radica na prática do diagnóstico genético pré-implantação (DGPI). Este visa, em termos gerais, avaliar a condição do embrião relativamente a anomalias genéticas associadas à expressão de doenças ou deficiências graves. Assim sendo, viabiliza a transferência para o útero da mulher apenas dos embriões diagnosticados como saudáveis, ao mesmo tempo que implica a destruição dos embriões portadores de anomalia genética, ao abrigo do princípio da beneficência. Simultaneamente, nestas situações em que o DGPI é medicamente recomendável, há vantagens em produzir (por fertilização *in vitro*) um número de embriões superior ao susceptível de ser transferido para o útero da mulher, de modo a aumentar as probabilidades de obter embriões saudáveis. Desta forma, avança-se para a produção de embriões inevitavelmente excedentários, ou seja, que são excluídos do projecto parental originário, e cujo fim oscila entre a destruição imediata (dos portadores de anomalia genética) e a criopreservação (dos saudáveis), no adiamento de um destino incerto. Sendo hoje possível alcançar um consenso significativo relativamente à destruição de embriões detectados como portadores de doença genética (a partir do DGPI e sob níveis de restrição variáveis),

o destino dos embriões excedentários testados como saudáveis mantém-se como eticamente controverso. As principais questões éticas suscitadas pelo DGPI são, pois, relativas às acções praticadas sobre o embrião, quer na produção de embriões excedentários, o que o Parecer do CNECV reprova, quer ainda na manipulação do embrião para escolha de determinadas características como, por exemplo, do sexo, que a Lei 32/2006 não autoriza (art.º 7.º, 2), ou de um determinado tipo de HLA, que a lei admite (art.º 7.º, 3), como vimos anteriormente¹³.

A segunda situação, em que o recurso à PMA é justificado por razões médicas distintas da infertilidade, é a de prevenção da transmissão do VIH por um homem com SIDA ou seropositivo que deseja ser pai. Este caso encontra-se implicitamente contemplado no Parecer do CNECV como justificando uma “derrogação” ao princípio da subsidiariedade, a autorizar por “uma entidade independente” (44/CNECV/2004, 4). Apesar de, na situação descrita, este princípio não ser efectivamente cumprido, a PMA é, não obstante, utilizada como auxiliar “da concretização de um projecto parental” (*Ibid.*, 5) o qual, na ausência das técnicas da PMA, o casal talvez não prosseguisse. Simultaneamente, esta prática obedece ao princípio da beneficência na medida em que contribui para diminuir a probabilidade da criança nascer seropositiva.

A terceira situação indicada refere-se ao recurso à PMA como uma técnica ou meio de obtenção de um embrião de um determinado grupo HLA. As objecções apontadas às anteriores situações agravam-se agora. No presente caso, não se regista qualquer infertilidade e torna-se também conveniente a produção de um número elevado de embriões a que acresce o facto de se requerer a prática do DGPI para selecção do embrião a ser transferido para o útero, a partir de um critério exclusivamente utilitário. Os embriões a transferir são seleccionados pela possibilidade que apresentam de se virem a tornar dadores de células, isto é, por uma finalidade instrumental, e os embriões a eliminar podem ser saudáveis, sendo todavia considerados como inúteis para o fim em vista, no reiterar de um puro

¹³ As questões éticas relativas ao diagnóstico pré-implantação são numerosas e complexas, pelo que o Conselho Nacional de Ética deliberou elaborar um Parecer autónomo sobre esta matéria, anunciando-o na “introdução” ao seu Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida. A Lei 32/2006, da PMA, apresenta o “diagnóstico genético pré-implantação” entre as “técnicas de procriação medicamente assistida” (art.º 2.º, e)), o que efectivamente não é (não obstante apenas se poder aplicar a partir do sucesso da PMA), e dedica-lhe o capítulo V que inclui dois artigos (o 28.º e o 29.º).

utilitarismo. A utilidade é um princípio ético que enuncia a exigência de maximização do bem-estar ou da felicidade do indivíduo, factor inalienável em todo o processo de tomada de decisão. Não obstante, importa reconhecer que o princípio da utilidade não se pode aplicar à vida humana sem entrar em contradição e excluir o princípio da dignidade humana: o valor da vida humana é incondicionado e assim absolutamente independente de qualquer utilidade¹⁴. Havíamos já anteriormente concluído que o princípio da autonomia não se deve aplicar hegemonicamente à procriação medicamente assistida; acrescentamos agora que o princípio da utilidade não deve ser ponderado neste mesmo âmbito, sob o risco de suprimir a exigência de respeito pela dignidade humana.

Esta terceira situação destacada, evidenciando uma instrumentalização da vida humana, na medida em que a perspectiva não em si mesma mas como um meio técnico ou processo terapêutico (também comumente designado por “embrião medicamento”), não cabe nas possíveis derrogações ao princípio da subsidiariedade que o CNECV admite, após autorização de uma “entidade independente, de natureza pluridisciplinar, destinada ao acompanhamento técnico, ético e social da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida” (44/CNECV/2004, 4). A Lei 32/2006, pelo contrário, e tal como já o dissémos, admite o recurso à PMA como meio de obtenção de um embrião de um determinado grupo HLA. Em todo o caso, subordina-o à autorização de uma “entidade independente”, cuja criação era recomendada pelo Conselho Nacional de Ética, e a que a lei da PMA vem conferir existência legal, designado-a por Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). Este Conselho deverá autorizar o de recurso da PMA para obtenção de um determinado grupo HLA “caso a caso” (art.º 30.º, 2, q)).

Brevemente, a PMA pode ser hoje perspectivada como um processo subsidiário de reprodução humana, uma terapêutica ou uma técnica. O CNECV limita a sua finalidade à primeira função e admite derrogações

¹⁴ Neste contexto, o recurso à PMA para produção de um embrião de um determinado tipo HLA só seria admissível, excepcionalmente, se o casal não excluísse do projecto parental os embriões produzidos (reconhecendo a incondicionada dignidade de todos), se bem que desse prioridade à gestação daquele cujo tipo de HLA correspondesse ao desejado (reivindicando o princípio da utilidade). Este ponto de equilíbrio instável e teoricamente débil, não justificaria ainda a interrogação pela legitimidade de recurso a uma criança como dadora, o que só deve acontecer em inquestionável benefício próprio, garantido pelos pais como seus primeiros e mais plenos guardiães.

em relação à segunda; a lei nacional regulamenta a prática da PMA nas suas três possíveis funções, se bem que apenas considere a terceira excepcional e casuisticamente.

Beneficiários da procriação medicamente assistida

No que se refere aos beneficiários da PMA, a lei portuguesa enuncia-os de forma restritiva, limitando-os às “pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou as que sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges, há pelo menos dois anos” (art.º 6.º, 1). O recurso à PMA é ainda limitado a pessoas com idade superior ou igual a 18 anos e ainda a quem não se encontre “interdito ou inabilitado por anomalia psíquica” (art.º 6.º, 2).

O primeiro enunciado exclui o acesso à PMA aos casais homossexuais, bem como a pessoas singulares o que, contrariando práticas comuns em países liberais, está em sintonia com o pronunciamento do CNECV sobre a matéria (44/CNECV/2004, 6.). Assim sendo, as situações em que a PMA heteróloga é autorizada são limitadas, ficando proibidas algumas das práticas denunciadas anteriormente como de exercício de um reivindicado “direito a um filho” – a paternidade/maternidade de homossexuais – e outras ainda não referidas como seja a da maternidade *post mortem* (art.º 22.º, 23.º e 26.º)¹⁵.

O segundo enunciado, referindo-se à idade dos possíveis beneficiários da PMA, estabelece apenas uma idade mínima sem qualquer indicação de uma idade máxima ou nomeação de outros critérios cuja aplicação conduza a uma limitação etária no acesso à PMA. Deste modo, não se inviabiliza a maternidade pós-menopausa, amplamente condenada em todo o mundo e à qual já fizemos referência. O Parecer n.º 44 do CNECV, sem se pronunciar especificamente sobre a maternidade pós-menopausa, reprovava ao restringir as técnicas da PMA à utilização dos gametas do casal. A

¹⁵ A inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* refere-se à possibilidade técnica de uma mulher vir a engravidar, por um dos meios designados, após a morte do marido, e recorrendo ao sêmen deste previamente criopreservado. A lei portuguesa proíbe a inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* mas não a transferência de um embrião criopreservado após o falecimento do pai biológico (art.º 22.º, 3), o que evidencia a diferente dignidade e estatuto que atribui aos gametas e ao embrião.

gravidez post-menopausa exige a doação de ovócito a ser eventualmente fertilizado pelo espermatozoide do marido da candidata a mãe. Esta receberá posteriormente o embrião resultante, desenvolvendo uma gravidez e vindo a dar à luz uma criança que não partilha do seu património genético. A Lei 32/2006, ao não excluir a doação de gametas, nem estabelecendo uma idade máxima para acesso às tecnologias reprodutivas, viabiliza a maternidade pós-menopausa.

Brevemente, os beneficiários da PMA podem ser casais heterossexuais, casais homossexuais e pessoas singulares. O CNECV restringe os beneficiários ao primeiro grupo e a Lei 32/2006 também.

Material biológico envolvido na procriação medicamente assistida

A PMA, tal como a reprodução natural, exige a presença de ovócitos e espermatozoides e a sua fusão num embrião a implantar-se nas paredes de um útero – envolvendo, pois, três tipos de material biológico. As questões éticas específicas às técnicas da PMA, prendem-se com a identidade ou proveniência deste material biológico indispensável à criação de vida humana. De modo particular, importa ponderar se o material envolvido na PMA, podendo proceder de diferentes pessoas, do ponto de vista técnico, o deverá, do ponto de vista ético.

A Lei 32/2006 não impõe restrições nem à doação de ovócitos, nem à de espermatozoides, viabilizando assim a PMA com recurso a material biológico exterior ao casal (art.º 10.º). O Parecer do CNECV também admite a doação de gametas, se bem que apenas “excepcionalmente e por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal” (44/CNECV/2004, 8), tal como já tivemos oportunidade de apontar. Simultaneamente preconiza “a doação singular de gametas” (*Ibid.*, 8.) o que garante que, mesmo no caso de uma PMA heteróloga, a futura criança tenha uma relação biológica com, pelo menos, um dos membros da sua família social e legal. Esta salvaguarda não está prevista no texto da lei portuguesa, pelo que se torna possível (não obstante improvável) que um casal venha a recorrer à doação simultânea de ovócitos e espermatozoides, vindo a ter um filho sem relação biológica com nenhum dos membros do casal de acolhimento.

O Parecer do CNECV não se refere especificamente ao recurso a úteros de substituição. Todavia, podemos concluir que não o admite a partir da leitura integral do Parecer, destacando articuladamente a exigência do princípio da subsidiariedade, a restrição da PMA a casais e a prescrição da utilização de gametas do casal, cuja excepção se aconselha dever ser

autorizada pela anteriormente referida “entidade independente”. Pelo contrário, a Lei 32/2006 refere-se especificamente a úteros de substituição proibindo o “negócio jurídico” e estabelecendo que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer” (art.º 8.º, 1-3). Deste modo, resolve-se a dificuldade jurídica de estabelecimento da filiação – principal preocupação suscitada pela gravidez de substituição –, mas não se assume inequivocamente uma posição ética em relação a esta matéria.

Brevemente, a procriação medicamente assistida pode ser praticada recorrendo exclusivamente ao material biológico do casal candidato a pais (homóloga), no mais estrito cumprimento do princípio da subsidiariedade. Esta é a posição do CNECV que apenas admite derrogações autorizadas superiormente e limitadas à doação singular de gâmetas. A lei portuguesa, permite a PMA com recurso a doação de gâmetas (heteróloga), a que acrescenta a definição jurídica de maternidade para eventuais casos de “maternidade de substituição”¹⁶.

Destino do embrião humano in vitro

Entre a pluralidade e a complexidade das questões suscitadas pela PMA destaca-se invariavelmente a da manipulação e destino dos embriões produzidos *in vitro*.

O Parecer n.º 44 do CNECV insiste sobre a protecção devida ao embrião preconizando-a essencialmente em dois diferentes níveis. Num

¹⁶ O CNECV limita os intervenientes no processo reprodutivo assistido por técnicas reprodutivas a dois – os elementos constituintes do casal coincidindo com os pais biológicos –, abrindo excepcionalmente a possibilidade de três intervenientes – os dois elementos constituintes do casal e um dador de gâmetas. A lei portuguesa abre a possibilidade de intervirem quatro pessoas – os dois elementos constituintes do casal e dois dadores de gâmetas –, não ficando totalmente excluída a hipótese de um quinto interveniente, uma designada “mãe de substituição” que disponibilize o seu útero para a gestação de um embrião. Esta é uma situação teoricamente possível, ainda que remota na prática devido a uma pluralidade de factores entre os quais destacamos dois: escasso interesse dos candidatos a pais e escassa adesão de profissionais de saúde.

Acrescente-se ainda que tanto o Parecer do CNECV, como a Lei 32/2006 se referem à “doação” de material biológico, excluindo assim a sua eventual venda (como é frequente verificar-se especialmente em relação a ovócitos). O Conselho especifica inequivocamente o carácter gratuito de toda a doação (44/CNECV/2004, 9) e a lei nacional proíbe “a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões” (art.º 18.º).

primeiro, relativo à prática da PMA, afirmando que “a implementação das técnicas de PMA deve impedir a produção de um número de embriões superior ao destinado à transferência” (44/CNECV/2004, 18), isto é, de embriões excedentários. Num segundo, relativo ao futuro dos embriões excedentários, reflectindo sobre os três destinos possíveis a dar-lhes: adopção, utilização em investigação científica e destruição. A adopção embrionária é considerada o único destino eticamente não controverso, na medida em que reintegra o embrião num projecto parental, permitindo assim o seu desenvolvimento (*Ibid.*, 20). A disponibilização dos embriões para investigação científica só é eticamente legítima se for feita em benefício do embrião e, consequentemente, não implicar a sua destruição (*Ibid.*, 22). Este enunciado geral admite derrogações quando a única alternativa for a destruição do embrião, uma vez esgotado o prazo de criopreservação em que a sua viabilidade se encontra garantida, e resultando a sua utilização na investigação científica em benefício da humanidade (*Ibid.*, 22). Finalmente o Parecer considera inaceitável a “criação de embriões apenas para fins de investigação científica” (*Ibid.*, 25)¹⁷.

Consideremos seguidamente a protecção que a Lei 32/2006 estabelece para o embrião, nos dois níveis agora estruturados, tendo presente que a Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina, aprovada pelo Conselho da Europa em 1997 e ratificada por Portugal em 2001, afirma que “quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião” (Convenção, art.º 18.º, 1)¹⁸.

No que se refere ao enunciado primeiro nível de protecção do embrião, anteriormente expresso na rejeição de produção de embriões excedentários, a Lei 32/2006 afirma que “apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo” de PMA (art.º 24.º, 1) o que, sem proibir ou mesmo desaconselhar directamente a produção de embriões excedentários, visa o decréscimo desta.

¹⁷ Acrescente-se que “a criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida”, art.º 18.º, 2, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, pronunciamento reiterado pela Lei 32/2006, art.º 9.º, 1: “É proibida a criação de embriões, através de procriação medicamente assistida, com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.”

¹⁸ O decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, ratificando a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, encontra-se disponível em: http://www.porto.ucp.pt/ibioetica/II_oficina/docs/Conven%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20do%20Homem%20e%20da%20Biomedicina.pdf

Quanto ao enunciado segundo nível, que incide sobre os embriões excedentários já existentes e/ou outros eventuais que possam vir a ser criados, a lei portuguesa apenas regulamenta a “investigação com recurso a embriões” (art.º 9.º). A possibilidade da sua destruição não é ponderada. A “adopção embrionária”, sendo indirectamente reconhecida como admissível no art.º 10.º sobre a “doação de espermatozóides, ovócitos e embriões” e no art.º 18 que proíbe “a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões e outro material biológico”, não é directamente apresentada como alternativa à destruição de embriões ou à investigação com embriões.

No que se refere este último aspecto, à “investigação com recurso a embriões”, o art.º 9.º da Lei 32/2006 estabelece as várias situações em que esta é lícita, a saber: “prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de procriação medicamente assistida, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas” (art.º 9.º, 2), “desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a Humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)” (art.º 9.º, 3). O primeiro enunciado citado é francamente abrangente, viabilizando o recurso a embriões numa ampla diversidade de projectos científicos. O segundo, pelo contrário, restringe o anterior obrigando a que o projecto científico reverta em benefício da humanidade e também subordinando-o à autorização do CNPMA. Em última instância, uma orientação liberal, moderada ou restritiva em relação a esta matéria ficará dependente dos membros que compõem este Conselho e seus critérios de decisão.

Este artigo 9.º regulamenta mais detalhadamente a “investigação com recurso a embriões” no seu ponto 4 ao restringir a disponibilização dos embriões para a investigação aos “criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental” (alínea a)), “cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação” (alínea b)), “portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação” (alínea c)), e “obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide” (alínea d)). As alíneas b) e c) não suscitam problemas éticos específicos na medida em que se referem a embriões com graves anomalias. A alínea a), enunciada na ausência de qualquer referência temporal que aponte para a exclusão definitiva do embrião de todo o projecto parental por se ter tornado inviável, não exclui a possibilidade de utilização em investigação de embriões saudáveis e viáveis, cujos pais os tenham entretanto rejeitado. A alínea d) invoca

uma situação mais grave do ponto de vista ético, a de produção de embriões não singaméticos, ou seja, clonados para efeitos de experimentação humana¹⁹. Esta hipótese aqui formulada é de algum modo reforçada no artigo 36.º relativo à “clonagem reprodutiva”. Este proíbe a transferência para o útero de um embrião clonado, seja por transferência nuclear somática (ponto 1), seja por cisão embrionária (ponto 2), “salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida” (art.30, 1), o que, de um modo algo surpreendente e eventualmente equívoco²⁰, abre a possibilidade à clonagem reprodutiva. Simultaneamente, ao admitir a transferência para útero de um embrião clonado em situações excepcionais, reforça a hipótese da sua produção deliberada para fins de investigação biomédica.

No que se refere ao requisito inicial anteriormente apontado de protecção do embrião mesmo “quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei”, a Lei 32/2006 apenas lhe alude vagamente no art.º 3.º, sobre a “dignidade e não discriminação”, ao afirmar que “as técnicas de procriação medicamente assistida devem respeitar a dignidade humana”.

Não surpreenderá, pois, que o Presidente da República, em mensagem dirigida à Assembleia da República aquando da promulgação da Lei 32/2006²¹, tenha chamado a atenção para “a necessidade de regulação complementar no domínio da protecção efectiva da vida humana embrionária – um imperativo tanto mais relevante quanto se dá o caso de o objecto do diploma transcender o âmbito estrito da procriação medicamente assistida”. Neste contexto, enuncia “o imperativo de se garantir uma protecção efectiva de embriões criopreservados e qualificados como viáveis” (i) e a “preocupação de se assegurar, em intervenções legais subsequentes que incidam em matérias como a transferência nuclear somática e a investigação científica em células estaminais, que, mesmo quando a lei permita a investigação em embriões “*in vitro*”, fique garantida a dignidade do embrião excluído de um projecto parental” (iii). Simultaneamente inclui uma referência à “necessidade de eventuais lacunas e disposições normativas de sentido indeterminado constantes da lei, e

¹⁹ O art.º 9.º, 1, da lei portuguesa apenas proíbe a criação de embriões singaméticos para efeitos de investigação biomédica e admite os produzidos por outro meio, a saber, por clonagem (transferência nuclear, cisão embrionária, partenogénese): cf. art.º 9.º, 4. d).

²⁰ O art.º 7, 1, da Lei 32/2006, afirma que “é proibida a clonagem reprodutiva tendo por objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.”

²¹ Disponível em: http://www.presidencia.pt/?id_categoria=9&id_item=1172

respeitantes à matéria disciplinada pela Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, e pelo seu Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, deverem ser, respectivamente, integradas e especificadas em conformidade com essas normas internacionais" (ii).

A mensagem do Presidente da República incide ainda sobre um segundo aspecto determinante da prática futura no domínio das tecnologias reprodutivas, a saber: "a composição e condições de funcionamento do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida". Sendo este "o órgão fundamental de regulação nestas matérias, uma vez que lhe é cometida a responsabilidade de avaliar as questões éticas, legais e sociais que a procriação medicamente assistida suscita e lhe cabe analisar rigorosamente os projectos de investigação em embriões excedentários" importa "garantir a independência, multidisciplinaridade e pluralismo dos seus membros, a transparência dos seus procedimentos".

Consideramos que estes dois aspectos destacados respondem cabalmente às principais questões éticas que a actual lei suscita, devendo constituir um contributo decisivo para uma boa regulamentação nacional da procriação medicamente assistida e biotecnologias complementares: em que o "desejo" a ter um filho encontre as melhores condições para se concretizar sem que se perva num equívoco "direito" a um filho; em que a vulnerabilidade do embrião, hoje acrescida pela pluralidade de modalidades da sua manipulação, seja cuidada e protegida pelo sentido da solidariedade e da responsabilidade humanas, protagonizadas pelo imperativo ético e pela obrigação jurídica.