

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



Limites constitucionais à procriação medicamente assistida na era da tecnologia
reprodutiva

Andrea Scaff de Paula Mota

Orientador: Professor Doutor João Miranda

Documento provisório

Dissertação especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre em Ciências
Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos Fundamentais

2022

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Limites constitucionais à procriação medicamente assistida na era da tecnologia
reprodutiva

Dissertação apresentada pela aluna Andrea Scaff de Paula Mota, sob a orientação do Professor Doutor João Miranda, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Documento provisório

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos Fundamentais

2022

Resumo

O estudo pretende trazer a problemática da procriação medicamente assistida para o campo da teoria dos direitos fundamentais, de modo a verificar se há justificativa constitucional para impor limites ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida. Serão identificados os fundamentos jurídico-constitucionais do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e quais os direitos que eventualmente poderão ser atingidos caso sejam reconhecidos limites à utilização das tecnologias reprodutivas. Discorre sobre o regime legal de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida adotado por Portugal e levanta questionamentos éticos e jurídicos sobre a utilização em específico das principais modalidades das tecnologias reprodutivas. Procura identificar se a utilização irrestrita do potencial disponibilizado pela medicina da reprodução colide com outros direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional portuguesa. Ao longo do estudo, busca-se responder se no regime jurídico conferido à procriação medicamente assistida, existe justificativa constitucional para limitar o uso das tecnologias reprodutivas em constante evolução ou se, ao revés, a imposição de restrições para a utilização das tecnologias reprodutivas, segundo o estágio atual da técnica, consistirá em ilegítimo controle pelo Estado dos comportamentos sexuais e reprodutivos dos indivíduos. Por fim, conclui-se que a Constituição da República Portuguesa já contempla limites à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, combinadas ou não com o método de engenharia genética, a fim de que sejam protegidos os direitos à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida com recurso às técnicas de PMA, o direito ao patrimônio genético não modificado e o direito à biodiversidade genética, que gozam de *status* constitucional.

Palavras-chave: procriação medicamente assistida, seleção de genes, direito ao patrimônio genético não modificado, direito à biodiversidade genética, limites constitucionais.

Abstract

This academic document aims to bring the issue of assisted reproductive technologies to the field of fundamental rights theory to verify whether there is a constitutional justification for imposing limits on access to assisted reproductive technologies. The legal and constitutional grounds for access to assisted reproductive technologies will be identified and the rights that may eventually be opposed if limits to the use of reproductive technologies are recognized. It discusses the legal regime for access to assisted reproductive technologies adopted by Portugal and raises ethical and legal issues about the specific use of the main modalities of reproductive technologies. It seeks to identify whether the unrestricted use of the potential provided by reproductive technologies conflicts with other fundamental rights guaranteed by the Portuguese constitutional order. Throughout the study, it is sought to answer whether in the legal regime conferred on assisted reproductive technologies there is a constitutional justification to limit the use of reproductive technologies in constant evolution or if, on the other hand, the imposition of restrictions on the use of reproductive technologies, according to the current stage of the techniques, will consist of illegitimate control by the State on the sexual and reproductive behavior of individuals. Finally, it concludes that the Constitution of the Portuguese Republic already contemplates limits to the use of assisted reproductive technologies, combined or not with the genetic engineering methods, for the purpose of protecting the rights to self-determination or free development of the personality of the child conceived using ART techniques, the right to unmodified genetic heritage and the right to genetic biodiversity, which enjoy constitutional status.

Keywords: assisted reproductive technologies, gene selection, right to unmodified genetic heritage, right to genetic biodiversity, constitutional limits.

Advertências

O presente trabalho foi redigido conforme a norma brasileira do português, sem considerar, *a priori*, as inovações do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa ratificado pela Assembleia da República Portuguesa em 04 de junho de 1991, exceto aquelas já usualmente utilizadas no Brasil antes da validação do referido acordo.

Buscou-se embasar o presente estudo com a coleta de acórdãos diretamente do endereço eletrônico dos Tribunais portugueses e com referências bibliográficas de autores nacionais, por reconhecida importância na área jurídica e para a reconstrução correta dos institutos jurídicos à luz da doutrina e da jurisprudência de Portugal.

Foi considerado para a pesquisa a data limite de 31 de dezembro de 2021 para a recolha de referências legislativas e jurisprudenciais.

Por fim, informa-se que as referências bibliográficas foram citadas no rodapé da página em consonância com as normas de procedimento e estilo da e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público. Na bibliografia ao final do estudo, restaram listadas, além das obras bibliográficas e dos documentos consultados, os acórdãos do Tribunal Constitucional português e os pareceres e deliberações do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em ordem cronológica.

Abreviaturas

- ART – *Assisted Reproductive Technology* tecnologia de reprodução assistida
- ASRM – *American Society for Reproductive Medicine* Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CIC – *Codex Iuris Canonici*
- CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
- CRISPR – *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DGPI – Diagnóstico genético de pré-implantação
- ESHRE – *European Society of Human Reproduction and Embriology* Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia
- GIFT – *Gamete IntraFallopian Transfer* Transferência intrafalópica de gametas
- HUGO – *Human Genome Organisation* Projeto Genoma Humano
- ICMART – *International Committee Monitoring Assisted Reproductive Technologies* Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias de Reprodução Assistida
- ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozoides
- IFFS – *International Federation of Fertility Societies* Federação Internacional das Sociedades de Fertilidade
- LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida
- OMS – Organização Mundial da Saúde
- op. cit. – Obra citada

p.	– Página
p.p.	– Páginas
PIDESC	– Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PMA	– Procriação Medicamente Assistida
SET	– <i>Single Embryo Transfer</i> Transferência única de embrião
SIDA	– Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida
TC	– Tribunal Constitucional português
TEDH	– Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	– Tribunal de Justiça da União Europeia
UNESCO	– Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
Vol.	– Volume

Sumário

Introdução

1. Fundamentos jurídico-constitucionais do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida

- 1.1 Direitos sexuais e reprodutivos
- 1.2 Direito a constituir família
- 1.3 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade
- 1.4 Direito à proteção da saúde
- 1.5 Direito a filhos saudáveis
- 1.6 Direito a obter os benefícios do progresso científico

2. Regime legal da procriação medicamente assistida e questões controvertidas

- 2.1 Subsidiariedade e alternatividade. Superação da exigência de diagnóstico de infertilidade
- 2.2 Usuários ou beneficiários das técnicas
- 2.3 Critérios de elegibilidade: idade, números de ciclos e utilização simultânea
- 2.4 Principais modalidades de técnicas de procriação medicamente assistida e controvérsias jurídicas
 - 2.4.1 Inseminação artificial e fertilização *in vitro*
 - 2.4.2 Doação de óvulos
 - 2.4.3 Transferência intrafalópica de gametas GIFT
 - 2.4.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides ICSI
 - 2.4.5 Estimulação ovariana
 - 2.4.6 Diagnóstico genético de pré-implantação DGPI
 - 2.4.7 Criopreservação de óvulos
 - 2.4.8 Transferência de embriões
 - 2.4.9 CRISPR e a edição de genes

3. Justificativas jurídico-constitucionais para a limitação do uso das tecnologias reprodutivas

- 3.1 Consequências do uso imoderado da procriação medicamente assistida
 - 3.1.1 Seleção *in vitro* das características genéticas
 - 3.1.2 Neoeugenia e o condicionamento das gerações vindouras

3.1.3 Direito à informação baseada em evidências científicas. Utilização das tecnologias reprodutivas fora do limite de segurança

3.2 O direito a procriar através das técnicas de PMA e a colisão com outros direitos fundamentais

3.2.1 Direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida através das técnicas de PMA

3.2.2 Direito ao patrimônio genético não modificado ou proibição de modificação do genoma. Genoma humano como patrimônio comum da humanidade

3.2.3 Direito à biodiversidade genética. Pontos cegos da seleção *in vitro*

Considerações finais

Introdução

Quarenta anos após o primeiro nascimento resultante da fertilização *in vitro*¹, as técnicas médicas que visam a constituição de um embrião humano em laboratório ainda suscitam problemas éticos e jurídicos de difícil solução.

Se no início do desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida tentou-se atribuir objetivo terapêutico de cura para uma doença, o novo quadro legal da procriação medicamente assistida, em Portugal e na maioria dos Estados europeus, não mais vincula o uso das técnicas médicas a um tratamento padrão para casos de infertilidade. Na atualidade, permite-se o acesso à procriação medicamente assistida por questões de conveniência e de manifestação da vontade dos interessados.

Dados estatísticos apontam que no mundo já se realizam mais de um milhão de ciclos de fertilização *in vitro* por ano², o que pode vir ou não a resultar em uma gravidez com o nascimento com vida. De acordo com a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE), entidade que monitora a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida em toda a Europa, o número de ciclos de fertilizações *in vitro* realizados no território europeu cresceu de 203.893 no ano de 1997 para 686.271 no ano de 2013³. Já se estima que as crianças nascidas através da procriação medicamente assistida representem cerca de 5% da população de alguns Estados⁴. Os dados demonstram que as técnicas de procriação medicamente assistida são uma realidade dos tempos atuais e o seu uso aumenta exponencialmente.

¹ No dia 25 de julho de 1978, através da técnica de fertilização *in vitro* conduzida pelos médicos Robert Edwards e Patrick Steptoe, no Reino Unido, nasceu Louise Brown e foi dado início a era da procriação medicamente assistida. Desde 1978, mais de 7 milhões de bebês nasceram através do uso das tecnologias reprodutivas. ANNA VEIGA, *From biology to embryology: 40 years in the IVF lab, Focus on Reproduction*, 2018, pp. 22-23. Em 2010, Robert Edwards foi o ganhador do prêmio Nobel de medicina, em reconhecimento ao desenvolvimento, juntamente com Patrick Steptoe (falecido antes da entrega do prêmio), da terapia de fertilização *in vitro*.

² ALBERTO BARROS, Procriação medicamente assistida, in *Direto da Saúde*, Coord. João Loureiro *et. al.*, Vol. IV, 2016, p. 122.

³ Dados extraídos de K. G. NYGREN / A. NYBOE ANDERSEN, The Assisted reproductive technology in Europe, 1997: Results generated from European registers by ESHRE, *Human Reproduction*, Vol. 16, nº 2, 2001, pp. 384-391 e JORGE C. CALHAZ e *et. al.*, *Assisted reproductive technology in Europe, 2013: Results generated from European registers by ESHRE, Human Reproduction*, Vol. 32, nº 10, 2017, pp. 1957-1973, a última referência contendo os dados mais recentes disponíveis.

⁴ EFFY VAYENA *et. al.*, *Current practices and controversies in assisted reproduction: Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO Headquarters*, Genebra, 2002, prefácio.

Na exasperação dos limites biológicos, a sociedade é inundada de possibilidades para a reprodução humana. Nenhuma doença, condição física ou pessoal do indivíduo constitui obstáculo para a geração de descendentes. As técnicas de procriação medicamente assistida passaram a significar o prolongamento da fertilidade⁵ e não um tratamento ou alternativa à incapacidade de ter filhos.

Não por acaso, o desenvolvimento das técnicas da medicina da reprodução ocorre simultaneamente com a da era da informação e, hoje, a procriação medicamente assistida caminha no sentido de ser reconhecida como a opção mais utilizada para a reprodução humana pois, ao contrário da procriação natural, permite o conhecimento prévio das características genéticas e da predisposição a doenças. Casais férteis também desejam obter os benefícios das tecnologias reprodutivas com vista a gerar bebês saudáveis.

Mais do que uma questão de índole individual, ampliar o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida envolve interesses públicos e econômicos. Os Estados têm forte interesse no incremento propiciado pela procriação medicamente assistida nas suas estatísticas demográficas e as clínicas privadas de saúde lucram com as taxas de sucesso de gravidez assistida.

O aumento da demanda por tecnologias reprodutivas reflete diretamente na taxa de natalidade e há estudos que sustentam que os custos referentes à inclusão das técnicas de procriação medicamente assistida no sistema público de saúde são recompensados pelas contribuições fiscais que serão pagas pelas crianças nascidas com o recurso às tecnologias reprodutivas quando atingirem a idade adulta, estimando-se um retorno de investimento de até oito vezes para o Estado⁶. Por outro lado, há quem considere controverso estimar o retorno econômico de uma criança em potencial para a sociedade, pois não há garantias de produtividade futura e, por conseguinte, a reversão do custo em contribuições fiscais⁷.

⁵ Empresas como a *Facebook* e a *Apple* ofereceram às suas funcionárias custear o serviço de criopreservação de seus óvulos, com o objetivo de postergar a janela da fertilidade e, assim, poderem concorrer em melhores condições com os homens no mercado de trabalho. CHARIS THOMPSON, *IVF global histories, USA: Between rock and a marketplace, Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 2, 2016, p. 131.

⁶ D. T. BAIRD *et. al.*, *Economic aspects of infertility care: A challenge for researchers and clinicians, Human Reproduction*, Vol. 30, nº 10, 2015, p. 2246.

⁷ RICHARD LILFORD, *The health economics of infertility treatment, Global Reproductive Health*, Vol. 3, nº 4, 2018, p. 23.

Uma breve pesquisa nas legislações dos Estados europeus demonstra que Portugal não está isolado no abandono do diagnóstico de infertilidade como chave de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida⁸. Outras motivações, tais como, para afastar doença hereditária, mesmo que para tanto seja necessária seleção do sexo do bebê; para garantir a constituição biológica de um bebê-remédio, criado especialmente para a doação de células do cordão umbilical para o irmão doente; ou por ausência do gameta oposto nos casais homossexuais e na procriação individual, são frequentemente assinaladas como circunstâncias que autorizam o acesso à procriação medicamente assistida. Tais justificativas passam ao largo de uma causa médica ou de diagnóstico de infertilidade para o acesso às tecnologias reprodutivas.

Além dessas hipóteses, outros ordenamentos jurídicos, em especial de alguns estados norte-americanos, não proíbem a utilização da procriação medicamente assistida para a escolha de características genéticas destituídas de recomendação médica, nomeadamente a escolha da cor dos olhos, da cor da pele, da cor do cabelo⁹. Será que a possibilidade de *edição do bebê* conforme a vontade dos pais encontra-se garantida pelo direito a obter os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia?

O prestígio e a supremacia da ciência médica, com a promessa de que os avanços da procriação medicamente assistida conseguirão reverter os baixos índices de natalidade dos países desenvolvidos, fazem com que os aspectos positivos tenham amplo destaque em detrimento da divulgação dos riscos e das incertezas resultantes do manuseio das tecnologias reprodutivas¹⁰.

No entanto, quanto mais se avança no desenvolvimento de novas técnicas com vistas a facilitar a criação do embrião humano *in vitro*, mais se exigem estudos minuciosos

⁸ Em um estudo comparativo das restrições legais ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida em 13 Estados europeus, constatou-se que apenas 6 Estados, nomeadamente a Áustria, a França, a Alemanha, a Itália, a Holanda e a Suécia exigem indicação médica ou diagnóstico médico de infertilidade para o acesso às tecnologias reprodutivas. Destes, a França, a Holanda e a Suécia também permitem o uso de técnicas de procriação medicamente assistida para impedir a transmissão de doença genética, independente de diagnóstico de infertilidade. K. BERG BRIGHAM *et. al.*, *The diversity of regulation and public financing of IVF in Europe and its impact on utilization*, *Human Reproduction*, Vol. 28, nº 3, 2012, pp. 668-669.

⁹ CHARIS THOMPSON, *IVF global*, *op. cit.*, p. 133, relata que a ausência de regulamentação uniforme em nível federal sobre a procriação medicamente assistida nos EUA permite o uso das técnicas em determinados estados norte-americanos para finalidades eugênicas.

¹⁰ JUDITH SÁNDOR, A retórica legal em torno da reprodução, in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: Contributos para uma reflexão*, Coord. Susana Silva / Luísa Veloso, Porto, 2009, p. 21.

para atestar a viabilidade do produto criado em laboratório e maior quantidade de embriões inservíveis são deitados fora.

Ainda que a maioria dos estudos científicos não divulgue o aumento da frequência de malformações congênitas, fato é que a gestação propiciada pelo uso das técnicas de procriação medicamente assistida sempre é tida por alto risco e, mesmo após quarenta anos de manuseio das tecnologias reprodutivas, a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, conhecida por Lei da Procriação Medicamente Assistida, estabelece a obrigatoriedade do monitoramento contínuo das condições de saúde das crianças¹¹.

Especialistas em embriologia descrevem com surpresa que os embriões resultantes da fecundação de gametas originários de um casal possuem grandes diferenças morfológicas e genéticas¹² e a escolha aleatória do embrião a ser transferido para o útero feminino pode corroborar tanto para o fracasso da implantação como para a seleção de um embrião com características não desejadas pela sociedade. Por seu turno, outros embriões produzidos em laboratório com gametas dos mesmos indivíduos podem ser mais adequados ao desenvolvimento uterino e não conter predisposição a doenças.

Assim, para evitar gestações malsucedidas e propiciar a seleção do melhor embrião disponível, cada vez mais a medicina da reprodução¹³ investe no desenvolvimento de técnicas com o objetivo de decodificar a informação genética dos embriões antes da sua transferência para o útero materno. Além de fomentar a descoberta de novas técnicas médicas para o correto diagnóstico genético do embrião *in vitro*, as sociedades médicas vinculam o sucesso da gravidez por meio da procriação medicamente assistida com a utilização das novas tecnologias de biópsia embrionária.

¹¹ O nº 2 do artigo 3º da Lei nº 32/2006, doravante Lei da Procriação Medicamente Assistida ou LPMA, impõe aos beneficiários o dever de informar questões relativas ao desenvolvimento das crianças nascidas com recurso às técnicas de procriação medicamente assistida. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, com fundamento no número 2 do artigo 13º da LPMA, exige que após o primeiro ano de vida da criança nascida por meio de técnicas de procriação medicamente assistida, o médico pediatra deve encaminhar relatório que descreva as condições e características da criança. É exigido também dos pais o dever de informar ao Centro de Saúde que manipulou as técnicas de PMA toda informação relativa ao desenvolvimento físico e psíquico da criança, conforme modelos de relatórios disponibilizados em <http://www.cnpma.org.pt>.

¹² CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty years of IVF, Fertility and sterility*, Vol. 110, nº 2, 2018, p. 191.

¹³ A medicina da reprodução é a área da ciência médica destinada a pesquisa e o desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida. A medicina da reprodução possui ramificações para além das tecnologias reprodutivas e também apoia a produção de conhecimento sobre clonagem e utilização de células tronco. Já o termo tecnologias reprodutivas abrange o conjunto de técnicas médicas utilizadas para auxiliar a concepção de um bebê.

A técnica atualmente em voga que permite a análise genética do embrião *in vitro* é o diagnóstico genético de pré-implantação, doravante DGPI, e, mesmo com algumas divergências na doutrina¹⁴, tem sido reconhecida pelos Estados europeus como uma modalidade de técnica de procriação medicamente assistida, ao lado da criopreservação de óvulos, espermatozoides e embriões, da injeção intracitoplasmática de espermatozoides e da fertilização *in vitro*.

A medicina da reprodução insiste na utilização do diagnóstico genético de pré-implantação para evitar o risco de transmissão de doenças genéticas ou de aneuploidia¹⁵ do embrião constituído em laboratório. A utilização do DGPI, entretanto, por permitir a escolha das características do embrião, é permeada de questionamentos acerca do seu uso com propósitos similares às práticas de eugenia.

No entanto, há que ser perguntado: se as tecnologias disponíveis na área da medicina de reprodução já permitem, com segurança, a definição prévia das principais características da criança a ser concebida, por qual motivo seria justificável limitar a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida no ápice da era da informação? No estágio atual da técnica, qual o prejuízo concreto aos direitos dos indivíduos pode decorrer da escolha das características genéticas propiciada pelas tecnologias reprodutivas?

Indiscutivelmente, informação é poder. A procriação medicamente assistida, a par de possibilitar a gravidez nos casos de ausência de filhos pelo método tradicional de procriação, também permite o acesso à informação genética do embrião a fim de selecionar aquele que melhor representa os anseios dos pais. E o exercício da maternidade e da paternidade, além de um direito, é rodeado de encargos e deveres. Desse modo, será justo impor aos pais as consequências da lei da seleção natural, que ocasiona eventualmente a concepção de um bebê com características indesejadas, e determinar-lhes o ônus da sua educação e sustento, quando já está disponível um conjunto de técnicas médicas que permite gerar bebês biologicamente perfeitos?

A mudança de paradigma estabelecida pelo abandono do princípio da subsidiariedade, ao permitir o uso das técnicas de procriação medicamente assistida como

¹⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 6ª Ed., Lisboa, 2018, p. 163, considera que o diagnóstico genético de pré-implantação não constitui uma técnica de procriação medicamente assistida. Voltaremos ao assunto no capítulo 2.

¹⁵ O conceito de aneuploidia será apresentado no capítulo 2.

um método alternativo para a reprodução humana, implica aceitar que os beneficiários das técnicas médicas estão autorizados a obter todos os proveitos decorrentes do progresso científico ou o Estado deverá regular o acesso às novas tecnologias reprodutivas sempre que o seu emprego for além da necessidade de tratamento da infertilidade?

É preciso perquirir se a existência de um direito humano universal à autodeterminação reprodutiva, que remodela o direito fundamental a constituir família, justifica a utilização de qualquer tecnologia reprodutiva disponível para possibilitar a procriação. E, ainda, até que ponto o discurso das políticas pró-natalistas dos países de população envelhecida deve sobrepor-se aos riscos inerentes à utilização das técnicas de PMA.

A questão, sem dúvida, deve pautar-se pelo equilíbrio entre o direito a procriar e a proteção dos direitos fundamentais eventualmente violados pelo uso indiscriminado das tecnologias levadas a cabo pela medicina da reprodução.

O presente estudo pretende trazer a problemática da procriação medicamente assistida para o campo da teoria dos direitos fundamentais, de modo a verificar se há justificativa constitucional para impor limites ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e quais os direitos eventualmente violados com o uso ilimitado do potencial conferido às tecnologias reprodutivas.

Propositadamente, passaremos ao largo das discussões acerca da definição do início da vida, pois entendemos que, além de ser uma questão com profunda influência filosófica e religiosa, não contribuirá para a solução do questionamento jurídico acerca da possibilidade de se limitar o uso das tecnologias de procriação assistida.

De igual forma, julgamos que a solução do questionamento proposto não se reduz à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da restrição ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, pois consideramos que em conflitos que envolvem temas de biodireito e biomedicina, a dignidade é comumente utilizada dos dois lados da contenda de forma a anular-se, sem apresentar critérios objetivos que permitam extrair uma solução única para os casos concretos.

Em que pese a relevância do tema, optou-se por não tratar dos assuntos vizinhos de doação de gametas, embriões excedentários e gestação de substituição, em razão da dimensão do estudo não comportar o aprofundamento necessário a tais temas.

No primeiro capítulo, procurar-se-á identificar o fundamento jurídico-constitucional do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e quais os direitos que eventualmente poderão ser atingidos caso sejam reconhecidos limites constitucionais ao acesso às técnicas de PMA.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre o regime legal de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida adotado por Portugal e os questionamentos éticos e jurídicos que envolvem a utilização em específico das principais modalidades das tecnologias de reprodução.

No terceiro capítulo, procurar-se-á verificar se a utilização irrestrita do potencial disponibilizado pela medicina da reprodução colide com outros direitos fundamentais reconhecidos pela ordem constitucional portuguesa, de modo a justificar a imposição de limites ao direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida.

Ao final, pretender-se-á responder se no regime jurídico conferido à procriação medicamente assistida, existe justificativa constitucional para limitar o uso das tecnologias reprodutivas em constante evolução ou se, ao revés, a imposição de restrições para a utilização das tecnologias reprodutivas, segundo o estágio atual da técnica, consistirá em ilegítimo controle do Estado dos comportamentos sexuais e reprodutivos dos indivíduos.

1. Fundamentos jurídico-constitucionais do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida

1.1 Direitos sexuais e reprodutivos

Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos, por vezes, são tidos como idênticos. Embora intrinsecamente relacionados, sexo e reprodução não são objeto da mesma tutela jurídica, em que pese ambos merecerem proteção constitucional. Enquanto o exercício da

liberdade sexual desde longa data procura afirmar-se desvinculado do projeto reprodutivo, o advento das tecnologias de reprodução assistida cindiu a dependência da procriação com o ato sexual. Hoje, com a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, é possível gerar uma vida sem estar vinculada a uma anterior cópula ou coito.

A especificação dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais remonta ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e está atrelada a mais de um documento internacional.

Os direitos reprodutivos durante muito tempo foram designados como temas exclusivos da saúde da mulher ou de direitos das mulheres¹⁶. No entanto, os direitos reprodutivos não podem ser encarados como restritos a um determinado grupo de indivíduos, nomeadamente a coletividade feminina. Também aos homens está assegurado o direito à autodeterminação ou liberdade reprodutiva.

Rosalind Petchesky refere que existem duas correntes que fundamentam os direitos reprodutivos. Uma considera o elo biológico entre o indivíduo e a sua descendência para justificar os direitos reprodutivos como direitos naturais, e a outra avalia os direitos reprodutivos como produto das “necessidades socialmente determinadas”, nos quais são atribuídos, em uma sociedade, papéis diversos ao homem e à mulher, cabendo à mulher a função de procriar¹⁷.

Por curioso, os direitos reprodutivos não estão mencionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948. Somente vinte anos após, em 1968, na Conferência Internacional de Direitos Humanos realizada em Teerã¹⁸, o tema direitos reprodutivos despontou interesse no cenário internacional¹⁹.

¹⁶ A primeira referência autônoma aos direitos reprodutivos ocorreu no I Encontro Internacional da Saúde da Mulher realizado na Holanda, em 1984, porém a nomenclatura tornou-se popular após a Conferência do Cairo, em 1994. LAURA DAVIS MATTAR, Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: Uma análise comparativa dos direitos reprodutivos, *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 5, nº 8, 2008, p. 63.

¹⁷ ROSALIND POLLACK PETCHESKY, *Abortion and Woman's Choice: The State, sexuality, and reproductive freedom*, Edição revisada, Boston, 1990.

¹⁸ Nações Unidas, Proclamação do Teerã, de 13 de maio de 1968. O parágrafo 16 da Proclamação afirma o direito humano dos pais de determinar o número e o espaçamento dos filhos de forma livre e responsável, sem, no entanto, fazer referência a expressão direitos reprodutivos.

¹⁹ LYNN P. FREEDMAN / STEPHEN L. ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, *Studies in Family Planning*, Vol. 24, nº 1, 1993, p. 20.

A consolidação dos direitos reprodutivos como direitos humanos, entretanto, é atribuída à Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento ocorrida em 1994, no Cairo, promovida pelas Nações Unidas²⁰. As Conferências das Nações Unidas sobre população e desenvolvimento ocorridas em Roma (1954), Belgrado (1964), Bucareste (1974), México (1984) e a última realizada em Cairo (1994), deram início à correlação entre os direitos reprodutivos e o crescimento populacional.

A Conferência do Cairo teve por objetivo debruçar-se sobre os problemas causados pelo crescimento da população, pela pobreza, pelo consumo e pelo desenvolvimento econômico. Ao considerar que o acesso aos serviços de saúde reprodutiva contribui para reduzir as taxas de natalidade e de mortalidade materna, exalta-se o planejamento familiar e a divulgação de informações sobre saúde sexual como ferramenta para o crescimento sustentável da população mundial²¹.

A consagração dos direitos reprodutivos como direitos humanos foi efetivada em um contexto que visava combater o crescimento desordenado da população, encarado como uma ameaça ao desenvolvimento sustentável. O cenário projetado na Conferência do Cairo dava conta de que, até 2015, a população mundial aumentaria oitenta e seis milhões de pessoas por ano²², enquanto os recursos naturais regrediriam ou não acompanhariam a expansão populacional²³. Por essa razão, é compreensível que a especificação dos direitos reprodutivos tivesse por estratégia atender metas

²⁰ Em que pese o parágrafo 1.15 do preâmbulo do Programa de Ação do Cairo referir que a Conferência não criou nenhum novo direito humano internacional, muitos autores atribuem à Conferência do Cairo o marco inaugural dos direitos reprodutivos como um direito humano. Neste sentido, VITULIA IVONE, Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, p. 191; LAURA DAVIS MATTAR, Reconhecimento, *op. cit.*, p. 62.

²¹ Nações Unidas, Relatório da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, Cairo, 1994, parágrafo 1.8 do preâmbulo.

²² Nações Unidas, Relatório da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, Cairo, 1994, parágrafo 1.3 do preâmbulo.

²³ Maria Sophia Aguirre e Ann Wolfram enfatizam que para determinados grupos de apoiadores das ideias malthusianas, o crescimento da população é a causa da pobreza pois quanto mais pessoas nascem menos recursos existirão. Para os neo-malthusianos, todas as pessoas seriam destruidoras dos recursos naturais. MARIA SOPHIA AGUIRRE / ANN WOLFRAM, *United Nations Policy and the Family: Redefining the Ties that Bind: A Study of History, Forces and Trends*, Brigham Young University Journal of Public Law, Vol.16, nº 2, 2002, p. 122. Esclareça-se que o economista Thomas R. Malthus, nascido na Inglaterra no século XIX, desenvolveu a teoria de que as populações crescem em escala geométrica e os recursos naturais somente se renovam em escala aritmética. Desta forma, sentenciou o fim da vida humana caso não houvesse uma voluntária submissão às medidas de contenção da população. THOMAS ROBERT MALTHUS, *An Essay on the Principle of Population*, London, 1798.

demográficas²⁴ e assegurar o livre acesso às informações sobre saúde sexual, notadamente as que objetivassem o controle da fecundidade.

A correspondência dos direitos reprodutivos como direito de acesso às medidas de contracepção (métodos anticoncepcionais) também encontra eco no discurso feminista radical que considera a imposição moral da maternidade como um obstáculo à emancipação da mulher.

De fato, a disseminação do uso de contraceptivos contribui para o declínio de abortos e gravidez indesejada e, por isso, é considerada um fator positivo para a saúde reprodutiva da mulher. Assim, a definição dos direitos reprodutivos, preconizada pela Conferência do Cairo, e a estratégia de incitar os Estados a disponibilizarem medidas que garantam a prevenção de uma gravidez, tiveram adesão imediata dos expoentes feministas²⁵.

Por outro lado, nos Estados impactados pelo envelhecimento da força produtiva de trabalho, fenômeno comum aos países desenvolvidos, a definição dos direitos reprodutivos segue caminho oposto e o enfoque do fortalecimento dos direitos reprodutivos é assimilado como saída para incrementar o crescimento populacional. Nos países do norte²⁶, a doutrina dos direitos reprodutivos confere mais ênfase à capacidade do indivíduo de procriar²⁷.

²⁴ LUCÍA BERRO PIZZAROSSA / KATRINA S. PEREHUDOFF, *Mapping Constitutional Commitments on Sexual and Reproductive Health and Rights: A global survey*, in *Healthcare as a Human Rights issue: Normative profile, conflicts and implementation*, Bielefeld, 2017, p. 322.

²⁵ Nesse sentido, MARIA SOPHIA AGUIRRE / ANN WOLFGRAM, *United Nations, op. cit.*, pp. 125 e 130. As Autoras vão além e consideram que os defensores de grupos gays e lésbicos, apesar da Convenção do Cairo não ter reconhecido a liberdade de orientação sexual como um direito humano, se beneficiam da associação dos direitos reprodutivos às medidas de controle da natalidade, posto que as famílias constituídas por homens e mulheres do mesmo sexo não contribuem para o aumento da população. Reconhecer que os casais homossexuais, por não gerarem filhos, colaboram para o desenvolvimento sustentável, conta favoravelmente para a legitimação da minoria. No entanto, tal assertiva atualmente deve ser lida com reservas, pelo menos naqueles Estados em que se autoriza o acesso à procriação medicamente assistida por casais homossexuais de homens e mulheres. KATHERINE M. JOHNSON / RICHARD M. SIMON, *Women's attitudes toward biomedical technology for infertility: The case for technological salience*, *Gender and Society*, Vol. 26, nº 2, 2012, pp. 262-263, descreve que, no momento atual, as autoras feministas se dividem entre considerar as tecnologias reprodutivas como uma forma de controle da sociedade sobre o corpo das mulheres ou o diametralmente oposto encará-las como uma possibilidade de controle da decisão reprodutiva.

²⁶ De acordo com a localização geográfica norte / sul, que sugere correspondência com os países desenvolvidos / países em desenvolvimento.

²⁷ ROSALIND POLLACK PETCHESKY, *From population control to reproductive rights: Feminist fault lines*, *Reproductive Health Matters*, Vol. 3, nº 6, 1995, p. 160, demonstra como as diferenças entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento conferem contornos distintos aos direitos reprodutivos.

Os dados divulgados pela Eurostat, entidade encarregada de produzir estatísticas para a União Europeia, informam que todos os Estados europeus, incluindo Portugal, possuem taxa de fertilidade abaixo da taxa de estabilização de 2,1 de nascimentos vivos por mulher, considerada necessária para repor e manter o tamanho da população estável nos países desenvolvidos²⁸.

A Europa possui a menor taxa de fecundidade total dos continentes e Portugal possui uma das taxas de fecundidade mais diminutas da União Europeia, com um percentual de 1,36, e ainda fica aquém da taxa média de fertilidade da União Europeia que, no ano de 2020, foi de 1,57. Dentro do espaço da União Europeia, Portugal só ganha da Espanha e da Itália, que possuem, ambos, taxa de fertilidade de 1,34. A maior taxa de fertilidade da União Europeia é registrada na França, que detém 1,92, apesar de abaixo da taxa ideal para a estabilidade e manutenção do tamanho da população. A taxa de fertilidade média global do ano de 2020 é acima de 2,4²⁹.

Assim, os direitos reprodutivos para os países desenvolvidos têm significado a adoção de medidas para fomentar o nascimento de prole, com o incentivo para o desenvolvimento de pesquisas científicas que auxiliem a fertilização *in vitro*³⁰.

No entanto, não se pode reduzir o conteúdo dos direitos reprodutivos às medidas que promovam a modulação da população. Atrelar os direitos reprodutivos ao problema do crescimento desordenado nos países em desenvolvimento ou ao do baixo índice da taxa de natalidade nos países desenvolvidos faz confundir o seu núcleo essencial com o exercício da sexualidade e a capacidade de conceber filhos³¹.

²⁸ EUROSTAT, *The EU in the world*, 2020, p. 22. O estudo aponta que a taxa de fertilidade retrata o número médio de nascimentos com vida por mulher, e que a taxa de fertilidade igual ou acima de 2.1 é necessária para manter o tamanho constante da população na ausência de migração.

²⁹ EUROSTAT, *Fertility indicators*, 2016 e *The EU in the world*, 2020.

³⁰ Contrariando essa afirmativa, uma publicação do grupo de estudo da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) atesta que o investimento do Estado em tecnologias reprodutivas pouco contribui para o crescimento da taxa de fecundidade. O estudo aponta que a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida só adiciona 0,05 pontos na taxa de fecundidade da França. No final, o estudo conclui que investir na educação e melhores condições de trabalho produz efeitos mais benéficos para o aumento da taxa de fecundidade do que a oferta de serviços de saúde que incluam as tecnologias reprodutivas. ESHRE CAPRI WORKSHOP GROUP, *Europe the continent with the lowest fertility, Human Reproduction Update*, Vol. 16, n° 6, 2010, pp. 594-599.

³¹ Maria Sophia Aguirre e Cecilia A. Hadley afirmam que as Nações Unidas embutiram o controle de natalidade dentro dos direitos reprodutivos como forma de obstar o crescimento populacional dos países em desenvolvimento. Sobre a perigosa manipulação do conteúdo dos direitos reprodutivos à serviço de políticas para controle da população, ver MARIA SOPHIA AGUIRRE / CECILIA A. HADLEY, *Hindered growth: The ideology and implications of population assistance, International Journal of Social Economics*, Vol. 32, n° 9, 2005, pp. 783-813. Em sentido contrário, ressaltando os pontos positivos da Conferência do Cairo

Os direitos reprodutivos não se resumem à possibilidade de gerar descendentes ou de acessar os serviços que promovam a saúde sexual. Apesar disso, o princípio 8º do Programa de Ação da Conferência do Cairo enfatizou que os direitos reprodutivos conferem ao indivíduo o direito humano de decidir o número de filhos, o tempo de intervalo entre o nascimento dos filhos e o momento adequado para tê-los, bem como de receber informações que esclareçam os meios de reprodução. O Programa de Ação da Conferência do Cairo foi estabelecido com base na obrigação dos Estados de promoverem o acesso universal de homens e mulheres ao serviço de saúde reprodutiva, nomeadamente os serviços de planejamento familiar e de saúde sexual, como se esses fossem o núcleo central dos direitos reprodutivos.

Ocorre que, mais do que o exercício da sexualidade ou da procriação, os direitos reprodutivos conferem autonomia ao indivíduo para decidir se quer ou não se reproduzir e também impõe obrigações positivas e negativas aos Estados. Para além de obter informações para prevenir a gravidez ou decidir o número de filhos, os direitos reprodutivos impõem ao Estado o dever de respeitar as escolhas reprodutivas.

Também decorrem dos direitos reprodutivos a obrigação do Estado de proteção contra a exploração que pode advir do turismo reprodutivo³², contra a gravidez forçada³³ e a garantia do consentimento informado³⁴ para a livre tomada de decisão sobre a

e o seu legado para os direitos reprodutivos, ROSALIND POLLACK PETCHESKY, *From population, op. cit.*, pp. 155-156.

³² As divergências constantes nas legislações dos Estados acerca do acesso à procriação medicamente assistida ensejam preocupação à *European Society of Human Reproduction and Embryology* - ESHRE, entidade que monitora a utilização das tecnologias reprodutivas na Europa, que teve o cuidado de adotar a nomenclatura neutra de «*cross border reproductive care*», que pode ser traduzido como cuidados reprodutivos transfronteiriços. A fuga para outros países com o intuito de escapar de legislações restritivas para a realização do direito a escolha reprodutiva é também denominado pela doutrina como turismo reprodutivo, porém a ESHRE considera que o emprego da palavra turismo, por fazer referência a uma viagem por prazer, possui uma conotação negativa e estigmatiza os pacientes que buscam as técnicas de procriação medicamente assistida no exterior. A ESHRE estima que, por ano, realizam-se 30.000 ciclos em casais que cruzaram as fronteiras dos seus Estados de origem em busca de tecnologias reprodutivas proibidas no país de residência. FRANÇOISE SHENFIELD *et al.*, *Cross border reproductive care in six European countries, Human Reproduction*, Vol. 25, nº 6, 2010, pp. 1361 e 1367.

³³ Nações Unidas, Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993, parágrafo 38, insta os Estados-Partes a combaterem a violência contra as mulheres, em especial a decorrente da gravidez forçada.

³⁴ O consentimento informado pressupõe a necessidade de o indivíduo ser adequadamente informado ou esclarecido acerca de todas as consequências que envolvem uma prestação de cuidados de saúde, para uma autodeterminação pessoal ou tomada de decisão consciente e válida. Está previsto no artigo 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina. No caso dos direitos reprodutivos, o consentimento informado é garantido com a transmissão de informações corretas e comprovadas cientificamente sobre as alternativas para iniciar ou impedir a reprodução. Para MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisboa, 2014, p. 270, o direito ao consentimento informado, previsto na alínea b, nº 1, da base XIV, da Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto), possui

reprodução. São os direitos reprodutivos que também impõem aos Estados a proibição de criminalização do aborto nos casos de risco para a saúde da gestante.

Os direitos reprodutivos, portanto, não se resumem ao acesso às medidas de contracepção para conter o aumento da população³⁵. Misturar ou subordinar a emancipação das mulheres, o desenvolvimento sustentável e a estabilização da população aos direitos reprodutivos demonstram uma estratégia equivocada que não contribui para a delimitação do verdadeiro conteúdo do direito³⁶.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que foi essa conexão entre os direitos reprodutivos e a questão demográfica que serviu como catalisador para o seu reconhecimento como um direito humano. Seja qual tenha sido a motivação e a fundamentação inicial para a especificação dos direitos reprodutivos nos multicitados documentos internacionais, hoje não se nega a existência do direito humano à escolha reprodutiva.

No triplo viés da obrigação dos Estados de respeitar, proteger e promover os direitos reprodutivos, encontra-se ainda a obrigação de reconhecer que as decisões acerca dos direitos reprodutivos estão acobertadas pelo direito à vida privada e familiar.

Medidas como a imposição de esterilização forçada ou de incentivos concedidos à limitação do número de filhos por casal³⁷, por vezes consideradas como política de

natureza análoga a direito, liberdades e garantias, por deduzir-se do direito fundamental à integridade física e moral (artigo 25º da CRP) e do direito ao desenvolvimento da personalidade (nº 1 do artigo 26º da CRP). O direito ao livre desenvolvimento da personalidade será aprofundado no item 1.3 do presente capítulo.

³⁵ TOMAS FREJKA, *Chapter 3 birth regulation in Europe: Completing the contraceptive revolution*, *Demographic Research*, Vol. 19, 2008, p. 74, refere que o início da era da contracepção é sinalizada pela aprovação da *Food and Drug Administration*, a agência federal do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, do uso da pílula oral no ano de 1960.

³⁶ Maria Sophia Aguirre e Cecilia A. Hadley referem que o uso da saúde reprodutiva como pilar do desenvolvimento sustentável foi objeto de críticas na Conferência do Cairo por parte dos países em desenvolvimento, por entenderem que tratar-se-ia de medida de controle da natalidade imposta pelos países do norte e que a Conferência Internacional deveria ater-se a questões afetas ao desenvolvimento econômico. O cronograma financeiro do Programa de Ação do Cairo é todo voltado para a implantação de políticas de saúde reprodutiva, enquanto outras medidas consideradas mais importantes para o desenvolvimento sustentável dos países em desenvolvimento ficaram sem previsão de fundos. As Autoras entendem que o reconhecimento dos direitos reprodutivos, apenas no viés do direito à contracepção, foi um pretexto para justificar as intervenções da cooperação internacional no acesso às medidas de controle da fecundidade nos países necessitados. MARIA SOPHIA AGUIRRE / CECILIA A. HADLEY, *Hindered*, *op. cit.*, pp. 787-788.

³⁷ O exemplo mais citado de medidas adotadas por parte de um Estado para tolher a autonomia reprodutiva é certamente o caso da China. No final da década de 70 do século passado, a China adotou um pacote de medidas conhecido por política do filho único. O programa previa a concessão de um subsídio mensal de caráter assistencial, prioridades no acesso dos serviços de saúde, de educação e de moradia e ampliação da licença maternidade para os casais que optassem por ter um único filho. Por outro lado, os casais que tivessem mais de um filho eram taxados com multas, com a dedução de um percentual do salário, com a suspensão da licença maternidade e com a vedação de assistência médica pelo serviço público de

planejamento familiar, são tidas como violadoras dos direitos reprodutivos por persuadir a tomada de decisão sobre a reprodução.

No início, afirmamos que os direitos reprodutivos não coincidem com os direitos sexuais. Compete, agora, delimitar o conteúdo normativo dos direitos sexuais. Os direitos sexuais correspondem à proteção conferida ao indivíduo de exercer a sua sexualidade livre de discriminação, coerção ou violência. Significa que não haverá discriminação na opção sexual defendida por homens e mulheres, bem como que o Estado não poderá limitar atividades sexuais consensuais entre adultos. Por óbvio, o exercício da liberdade sexual não está condicionado à constituição de prole.

A tradicional vertente primordialmente negativa dos direitos sexuais (obrigação de não intervir na escolha da orientação sexual e de não discriminar) muda com a Declaração da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, de 1993³⁸, e a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, do mesmo ano de 1993³⁹. A partir desses documentos internacionais, ambos promulgados pelas Nações Unidas, passou-se a incorporar o conceito de saúde sexual um como componente dos direitos sexuais⁴⁰ e a exigir obrigações positivas por parte dos Estados para a sua proteção⁴¹.

De toda a sorte, por mais importante que seja o fato de os direitos sexuais projetarem salvaguarda contra o aumento da epidemia de SIDA, os abusos sexuais, a mutilação genital e as discriminações impostas às minorias, a ausência por longo tempo

saúde. LYNN P. FREEDMAN / STEPHEN L. ISAACS, *Human Rights*, *op. cit.*, p. 25. No sentido oposto, porém, também tolhendo autonomia reprodutiva, está o caso da Itália, em que no governo de Benedito Mussolini se tributava os casais que não tinham filhos, com o claro propósito de fomentar o aumento da população. LUÍS ELOY AZEVEDO, O direito da procriação entre a ordem e o caos, *Revista do Ministério Público*, Ano 23, n° 20, Lisboa, 2002, pp. 91-112.

³⁸ Nações Unidas, Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993.

³⁹ Nações Unidas, Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, Resolução n° 48/104, de 20 de dezembro de 1993. A Declaração reconhece que dano e ameaça de dano à liberdade sexual, intimidação e assédio sexual e mutilação genital feminina constituem violência contra mulheres.

⁴⁰ LUCÍA BERRO PIZZAROSSA / KATRINA S. PEREHUDOFF, *Mapping*, *op. cit.*, p. 333. As Autoras consideram que por mais que a definição inicial do conceito de direitos sexuais só fosse possível por meio de uma abordagem negativa, ressaltam a importância de se incorporar conteúdos afirmativos dos direitos sexuais. Por sua vez, Laura Davis Mattar afirma que, durante muito tempo, resistiu-se em aceitar a vertente positiva dos direitos sexuais, pois implicava em reconhecer o prazer como um fim em si mesmo. LAURA DAVIS MATTAR, *Reconhecimento*, *op. cit.*, p. 64.

⁴¹ Por exemplo, o parágrafo 38 da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, reclama dos Estados-Partes uma resposta rápida e eficaz para as violações decorrentes da escravatura sexual e da gravidez forçada. A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres incita os Estados-Partes a prevenir, investigar e punir atos de violência sexual contra as mulheres.

de uma expressão afirmativa dos direitos sexuais atrasou o processo do reconhecimento diversidade sexual como um direito humano⁴².

A consagração do viés positivo dos direitos sexuais foi possível graças à aproximação com o direito à saúde e do reconhecimento da vida sexual satisfatória, segura e agradável como um componente essencial para a manutenção da vida saudável.

A partir do ano de 2002, a Organização Mundial da Saúde⁴³ passou a considerar a saúde sexual como o estado de bem-estar físico, emocional, mental e social em relação à sexualidade, que permite vivenciar experiências sexuais aprazíveis e seguras. Com o apoio da OMS, assumiu-se que sexualidade engloba o erotismo, o prazer e a intimidade. Desde então, a OMS considera que a saúde sexual só é alcançada com a concretização dos direitos sexuais. Reconhecer a sexualidade como um direito de todos e um fator de saúde e felicidade, contribui para a redução de vulnerabilidades e de intolerância e fortalece a alteridade.

O Comentário Geral nº 22 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais referente à interpretação do artigo 12º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece o direito à saúde, reconhece os direitos sexuais, bem como os direitos reprodutivos, como parte integrante daquele direito humano^{44 45}. Mesmo que a vinculação dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos a um outro direito humano (o direito à saúde) possa ser vista com reservas⁴⁶, o Comentário Geral trouxe avanços na interpretação dos direitos a usufruir do próprio corpo, bem como na delimitação de obrigações positivas a cargo dos Estados.

⁴² RICHARD PARKER e *et. al.*, *Sexuality, health and human rights*, Abingdon, Oxon, 2008. p. 4.

⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Sexual health and its linkages to reproductive health: An operational approach*, Genebra, 2017, p. 3. O documento em questão apresenta a definição atual de saúde sexual para a OMS, embora este conceito já tenha sido desenvolvido de maneira similar em dois documentos anteriores: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*, Genebra, 2006 (publicado em 2006, porém originado em 2002) , e ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Developing sexual health programmes: A framework for action*, Genebra, 2010.

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 22, de 02.05.2016, parágrafos 4º, 5º e 11º.

⁴⁵ Embora os Comentários Gerais não sejam vinculantes para os Estados, são elaborados a partir da experiência dos Comitês responsáveis pelo monitoramento dos tratados e convenções e por isso constituem fontes seguras para a interpretação das disposições constantes nos documentos internacionais.

⁴⁶ O fato de direitos autônomos serem agregados ao conteúdo de outros direitos pode, de alguma forma, dificultar o entendimento e a compreensão do seu conceito. Por outro lado, essa mesma estratégia de dedução de direitos já consagrados muitas vezes é o passo inicial para a especificação de novos direitos.

De fato, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com início de vigência na ordem internacional em 03 de janeiro de 1976 e, para Portugal, em 31 de outubro de 1978, não faz referência expressa aos direitos reprodutivos e aos direitos sexuais.

A estratégia de reconhecer esses direitos como decorrentes do direito à saúde é uma atitude louvável do Comitê e demonstra o compromisso de interpretar os direitos previstos no Pacto à luz dos novos direitos reconhecidos pelos Estados signatários, ao tempo em que respeita a competência restrita ao monitoramento da aplicação pelos Estados-Partes do PIDESC. Relacionar os direitos reprodutivos e os direitos sexuais a um direito contemplado no Pacto, portanto, amplia a atuação do Comitê sem fugir dos ditames propostos pelo documento que dá origem ao sistema de proteção.

A despeito de o Comitê condicionar a dedução dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais a um terceiro direito humano, nomeadamente o direito à saúde, o parágrafo 6º do Comentário Geral nº 22 reconhece a distinção entre a saúde sexual e a saúde reprodutiva, o que deixa entrever que o Comitê não está alheio aos desdobramentos mais recentes do tema.

O Comitê de monitoramento do PIDESC considera que a proibição de criminalização de relações sexuais consentidas entre adultos, a proibição de regulamentações que tratem lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais como pacientes que necessitem de cuidados de saúde psiquiátricos e o combate à homofobia são obrigações implícitas impostas aos Estados-Partes pelo PIDESC para a concretização dos direitos sexuais. Outras obrigações impostas aos Estados, tais como combater o casamento forçado, o casamento infantil e o estupro conjugal, posicionam-se em uma zona de interseção dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais.

O Comitê reconhece, portanto, obrigações ínsitas aos direitos sexuais e outras que decorrem da confluência dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais que, por vezes, é de difícil cisão. Apontar similitude e convergência no conteúdo de direitos, no entanto, não é o mesmo que fundir dois direitos em um só⁴⁷.

⁴⁷ A Organização Mundial de Saúde, no documento *Sexual health and its linkages to reproductive health: An operational approach*, Genebra, 2017, pp. 4 e 10, *op. cit.*, aponta que embora os componentes da saúde sexual tenham ligações com a saúde reprodutiva, tratam-se de conceitos distintos. O documento descreve que alguns aspectos da saúde sexual podem estar comprometidos se estiverem subordinados ou atrelados à saúde reprodutiva.

O ponto em comum na especificação dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais é que ambos propõem a autodeterminação do indivíduo, o controle e a integridade corporal. No caso dos direitos reprodutivos, autonomia para decidir sobre a procriação, como procriar e quando procriar. Para os direitos sexuais, autonomia para usufruir do próprio corpo da forma que aprovar. Em ambos os casos, impõem-se ao Estado o dever de respeitar as escolhas sobre sexualidade e reprodução e combater discriminações ou violações que incidam na tomada de decisão.

A distinção entre sexo e reprodução atrai tutelas jurídicas distintas. Tanto a correspondência dos direitos reprodutivos com as teorias de crescimento populacional, como com os movimentos feminista e das minorias que apoiam a livre orientação sexual, prejudicam a assimilação do bem jurídico que os direitos reprodutivos visam resguardar.

Vincular o conteúdo dos direitos reprodutivos à concretização dos direitos sexuais pode causar a impressão errônea de que a procriação só é protegida pelo Direito quando exercida por meio da sexualidade. O advento das técnicas de procriação medicamente assistida demonstra que a procriação merece proteção independente da proteção conferida aos direitos sexuais.

O consenso acerca da separação entre os direitos reprodutivos e os direitos sexuais contribui para a legitimar o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida por parte de indivíduos sozinhos e por casais homossexuais compostos só por homens ou por mulheres, ou mesmo para a utilização da técnica de fertilização *in vitro*, quando em decorrência de problema relacionado à fertilidade do casal heterossexual.

Embutir os direitos sexuais dentro do conteúdo dos direitos reprodutivos tem ainda como efeito deletério atrasar o reconhecimento dos direitos reprodutivos como direito humano pelas Religiões tradicionais. Sob a perspectiva da Igreja Católica Romana, a prática do ato sexual só é admitida sob o manto do casamento, com a motivação de gerar filhos. Assim, o exercício da liberdade sexual fora do casamento e com objetivo diverso do de propiciar o nascimento de filhos é veementemente repudiado pelo Vaticano. Se os direitos reprodutivos englobarem a tutela jurídica conferida à liberdade sexual, grupos religiosos se sentirão incumbidos de se manifestar contra o reconhecimento dos direitos reprodutivos em toda a sua extensão⁴⁸.

⁴⁸ O Direito Canônico ainda confunde o reconhecimento dos direitos reprodutivos com os direitos sexuais, ou pelo menos com a prática do ato sexual em si. A Igreja Católica, no ano de 1987, publicou um

Como a verdadeira autonomia para decidir só é alcançada com o conhecimento, homens e mulheres devem estar munidos de toda informação disponível para a tomada de decisão consciente e responsável sobre a reprodução. Por essa razão, a obrigação do Estado de promover o acesso à informação referente à reprodução deve englobar medidas que impeçam como também possibilitem a gravidez. Reduzir os direitos reprodutivos ao direito à contracepção é desconsiderar as outras dimensões importantes que compõem o núcleo essencial do direito.

Por outro lado, ater-se somente às questões referentes ao acesso aos serviços de saúde durante a gravidez, parto ou pós-parto faz transmutar os direitos reprodutivos a meros desdobramentos do direito à saúde. Por mais que a associação ao direito à saúde tenha oferecido benefícios para a delimitação do conteúdo dos direitos sexuais, por permitir caracterizar o sexo como um elemento vital para a saúde do indivíduo, tanto os direitos reprodutivos como os direitos sexuais gozam de reconhecimento autônomo em relação ao direito à saúde.

Dar excessivo peso ao direito de buscar os serviços de saúde reconduz ao mesmo erro de interpretar os direitos reprodutivos como direito à contracepção e mascara o verdadeiro bem jurídico que o direito em questão visa proteger: o controle pelo indivíduo da vida reprodutiva e a capacidade para tomar decisões apoiadas em informações adequadas.

documento em que se posiciona contrária a utilização de algumas técnicas de procriação medicamente assistida. O documento intitulado de Instrução sobre o respeito pela vida humana em sua origem e a dignidade da procriação, ainda em vigor, declara que a inseminação artificial heteróloga é moralmente ilícita pois o recurso ao material genético proveniente de terceiro viola a unidade conjugal instituída pelo casamento. É a falta de delimitação precisa entre os direitos reprodutivos e os direitos sexuais que motiva a Igreja Católica, até os tempos atuais, considerar o uso de célula reprodutiva de terceiro como equivalente a uma infidelidade, mesmo que a constituição de um embrião com recurso à doação de gametas não demande a prática de qualquer ato sexual fora do casamento. JOSEPH CARD RATZINGER / ALBERTO BOVONE, *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation, The Linacre Quarterly*, Vol. 54, nº 2, 1987, pp. 24-49. Nada obstante o posicionamento religioso sobre o tema, ressalte-se que, nos primórdios da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, a mesma confusão entre os bens jurídicos tutelados pelos direitos reprodutivos e os direitos sexuais suscitou questionamentos perante os Tribunais norte-americanos sobre a suposta prática de adultério entre o médico e a esposa que teria se submetido às técnicas de reprodução assistida. Mesmo em número reduzido, a porção norte do continente americano coleciona algumas sentenças condenatórias pela prática de crime de adultério por parte dos médicos que conduziram procedimentos cirúrgicos de colocação de embriões fecundados em laboratório dentro do corpo da mulher. Ao que parece, por equívoco, entende-se naquela época que a liberdade reprodutiva da mulher estava dependente da realização de ato sexual com o marido. HOLLACE S.W. SWANSON, *Donor anonymity in artificial insemination: Is it still necessary?*, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 27, 1993, p. 157.

Os direitos reprodutivos concedem ao indivíduo liberdade para tomar qualquer decisão acerca da reprodução. Liberdade para decidir em que momento, de que forma e quantas vezes deseja procriar. Liberdade para escolher, dentre os métodos existentes e juridicamente possíveis, como quer procriar. Liberdade para procriar e liberdade para decidir não procriar, seja com recurso a um ato sexual, no caso da procriação natural, seja com recurso à procriação medicamente assistida, nos casos de fertilização *in vitro* em sentido lato. Esse é o núcleo duro dos direitos reprodutivos e o que os distingue dos demais direitos correlatos.

É justamente na principal vertente de conferir proteção à autodeterminação reprodutiva preconizada pelos direitos reprodutivos que o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida assenta fundamento.

1.2 Direito a constituir família

O feixe de direitos que converge do direito humano à livre escolha reprodutiva, em geral, não é assimilado pelos ordenamentos jurídicos nacionais como um único direito fundamental. Também não é comum as Constituições dos Estados fazerem referência expressa aos direitos reprodutivos. Isso não significa que os textos constitucionais modernos não tenham entrelaçado os componentes dos direitos reprodutivos no catálogo destinado aos direitos fundamentais.

O direito a constituir família foi pensado pelo legislador constitucional antes do encadeamento histórico dos direitos reprodutivos na arena internacional. De toda sorte, o processo de especificação dos direitos reprodutivos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos teve reflexos na ampliação do conceito do direito fundamental a constituir família em Portugal.

O n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa reconhece a todas as pessoas o direito a constituir família. Por não ter sido atribuída uma definição constitucional ao instituto da família, diz-se que esta goza de conceito aberto, fluido, não

estático⁴⁹. Com inspiração nas obras de Zygmunt Bauman⁵⁰, pode-se falar que a Constituição Portuguesa consagra a família líquida, que não possui molde rígido, podendo adotar qualquer forma resultante da vontade dos membros familiares e da cultura de uma época.

Com efeito, diante da complexidade em se estabelecer uma definição que contemple todas as hipóteses existentes de família⁵¹ ou do risco de se incluir uma espécie que não se amolda ao contexto fático, o legislador constitucional optou por não estabelecer o conteúdo do direito a partir da definição do instituto da família. A realidade social afastou a possibilidade de que conceitos ultrapassados de família engessassem o conteúdo do direito. Dá-se, portanto, mais importância ao laço ou ao vínculo existente entre as pessoas individualmente consideradas do que à forma de estabelecimento da família.

Não há, portanto, um molde predefinido para a formação da família, recaindo sobre todas as formas encontradas na sociedade de aglomerado familiar a proteção constitucional⁵². Ou seja, todos os modelos de organização familiar, tais como o

⁴⁹ Nesse sentido, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra, 2007, pp. 856-857. O Código Civil Português, igualmente, não fornece uma definição jurídica para a família. No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, que contempla dispositivo similar ao do n° 1 do artigo 36º da CRP na Constituição Federal de 1988, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS / NELSON ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: Famílias*, 8ª ed., Salvador, 2016, pp. 72-73, aludem que a proteção conferida pelo artigo 226º da Constituição brasileira a outras formas de relações familiares, que não somente as derivadas do casamento, constitui uma cláusula geral de inclusão.

⁵⁰ Zygmunt Bauman utiliza em diversas obras o termo líquido para caracterizar a condição humana em um mundo frenético e mutável. É Autor das obras *Modernidade líquida* (1999), *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos* (2003), *Vida líquida* (2005), *Medo líquido* (2006), *Tempos líquidos* (2007), *A cultura no mundo líquido moderno* (2011), *Vigilância líquida* (2012) e muitas outras. Com o mesmo *insight*, porém, atribuindo ao termo líquido a conotação de efemeridade, JOÃO PEDROSO / PATRÍCIA BRANCO, *Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 82, Coimbra, 2008, p. 54.

⁵¹ Por exemplo, a família derivada do casamento, a família reconhecida pela união de fato, a família biológica, a família socioafetiva, a família homoafetiva, a família adotiva, a família de substituição, a família de fato, a família recomposta (aquela reconstituída após divórcio ou separação), a posse de estado e etc.

⁵² Neste ponto, discordamos de DIOGO LEITE DE CAMPOS / MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 4ª Ed. Coimbra, 2018, pp. 23 e ss., que afirmam, com fundamento no artigo 1576º do Código Civil Português, existir somente quatro tipos de relações familiares: as derivadas do casamento, as decorrentes do parentesco, as estabelecidas pela afinidade e as resultantes da adoção. Os Autores aduzem ainda que o Direito Português não reconhece a união de fato, regulada pela Lei n° 7/2001, de 11 de maio, como relação familiar, hipótese que igualmente discordamos. Por outro lado, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5ª Ed., Coimbra, 2016, pp. 36, 61 e ss., admitem a existência de outras relações familiares para além do elenco disposto no artigo 1576º do Código Civil Português, e reconhecem a união de fato como uma legítima relação familiar, que, caso não se entenda como decorrente do direito a constituir família, poderá ser deduzida do direito ao desenvolvimento da personalidade previsto no n° 1 do artigo 16º da CRP. No entanto, os Autores consideram que o ordenamento Português adota posição conservadora e não concede à união de fato as mesmas prerrogativas conferidas ao instituto do casamento. No mesmo sentido, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL / JOSÉ SILVA PEREIRA,

parentesco natural, o parentesco adotivo, o parentesco socioafetivo, a união de fato, a família monoparental e as demais formas manifestas pela realidade social merecem a mesma proteção constitucional⁵³.

Há quem defenda que a estratégia do legislador constitucional de utilizar um conceito jurídico indeterminado enfraqueceu a instituto da família⁵⁴. No entanto, a tática mostra-se condizente com os novos cenários familiares e, talvez, a tipificação é que poderia conduzir à extinção da família⁵⁵.

Foi a flexibilidade do conceito de família que permitiu as diversas ordens jurídicas assimilarem e conferirem proteção à união das pessoas de mesmo sexo sem a necessidade de uma rígida reforma constitucional⁵⁶.

A previsão distinta, no mesmo artigo, do direito a constituir família e do direito a contrair casamento demonstra que o legislador constitucional teve por propósito romper com a visão tradicionalista do Direito da Família e distinguir os institutos da família e do casamento, de modo que o casamento não seria o único meio hábil para o reconhecimento

Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ª ed., Lisboa, 2011, pp. 118-119, consideram a existência da família além das fontes indicadas no artigo 1576º do Código Civil Português.

⁵³ SOFIA ABOIM / KARIN WALL, Tipos de família em Portugal: Interações, valores, contextos, *Análise Social*, Vol. 37, nº 163, 2002, p. 503. As Autoras traçaram o perfil das famílias portuguesas a partir do cruzamento de dados obtidos em um inquérito respondido no ano de 1999 por mulheres portuguesas residentes na Grande Lisboa. Foi identificado que o aumento do divórcio, a coabitação informal e o aumento do trabalho profissional feminino deram novos contornos às estruturas familiares tradicionais. No final, as Autoras concluem que não há um modelo dominante de família na sociedade portuguesa, e por mais que se reconheça que os fatores escolaridade e classe social exercem influência na formação da entidade familiar, não são por si só determinantes. O casuísmo e a familiaridade ajustada por conta da vida em comum passam a ser a regra para o estabelecimento da família.

⁵⁴ No panorama do Direito Internacional, em específico no Direito da União Europeia, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL / JOSÉ SILVA PEREIRA, Direito de contrair casamento e de constituir família, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Coimbra, 2013, p. 129, consideram que a ausência de uma definição jurídica significa o mesmo que a concessão de um cheque em branco, no qual cada Estado-Membro poderá conferir ao instituto da família o conteúdo que interessar. Os Autores afirmam que a preocupação em prestigiar a pluralidade das relações familiares tornou o direito a constituir família desprovido de conteúdo.

⁵⁵ JOÃO PEDROSO / PATRÍCIA BRANCO, Mudam-se, *op. cit.*, p. 55, sustentam que não é o instituto da família que está em crise, e sim a família tradicional nuclear, composta hierarquicamente por homens, mulheres e filhos e por uma inflexível divisão de tarefas, que dá ensejo a estatutos desiguais, que corre o risco de desaparecimento. De igual forma, DIOGO LEITE DE CAMPOS / MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições, op. cit.*, pp. 50 e ss., entendem que a perda de algumas funções da família, nomeadamente a função religiosa, a função de defesa e a função assistencial, não descaracteriza a família por completo, e sim dá ensejo a novas formas de organização da vida familiar, sobretudo baseadas no livre-arbítrio e na busca da felicidade pessoal dos seus membros.

⁵⁶ Por exemplo, em Portugal, a Lei nº 9/2010, de 31 de maio, disciplina o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Consideramos que foi possível a lei ordinária regulamentar a matéria face a flexibilidade do conceito de família adotado pela Constituição portuguesa. Caso o texto constitucional fizesse qualquer referência expressa à diversidade de gêneros (homem e mulher, casal de sexo diferentes, casal heterossexual, e assim sucessivamente) para a definição da família, o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo suportaria maiores atrasos.

da vida familiar⁵⁷. Assim, a CRP de 1976 avança no sentido de que o casamento, tal como até então disciplinado pelas leis ordinárias, deixa de consistir no ponto de partida para a definição da vida familiar.

A mesma flexibilidade para o reconhecimento da família, contudo, não espriava efeitos para a legalização do casamento de pessoas do mesmo sexo, o que escancara a diferença entre os institutos da família e do casamento⁵⁸. Reconhece-se com mais facilidade a união de pessoas do mesmo sexo do que se autoriza o casamento entre elas.

A proteção conferida à família fundamenta-se por ser esta o primeiro reduto de educação e aprimoramento de valores éticos e sociais do indivíduo. Nenhuma outra instituição exerce tanta influência na definição da personalidade humana quanto a família⁵⁹. Alçar a família à categoria de bem jurídico, portanto, justifica-se por esta ser a célula formadora da sociedade, e não há como pensar-se em Estado sem uma comunidade humana minimamente organizada⁶⁰. A família consiste no elo mais duradouro dos membros de uma sociedade e é o que dá densidade aos valores que inspiram a solidariedade entre as gerações. Ousamos dizer que não existe Estado sem família.

Para Jorge Miranda, mais do que um direito fundamental, a família é uma instituição protegida pela Constituição por motivo da realização pessoal dos seus membros e por corresponder à exteriorização da vida em sociedade⁶¹. Ambos os juristas

⁵⁷ Em sentido contrário, Castro Mendes entendia que apenas através do casamento era possível constituir família e, por tal razão, o direito a constituir família e de contrair casamento redundariam em uma só garantia constitucional. O Autor salientava ainda não ser crível que o legislador tivesse a intenção de autorizar de forma abrangente qualquer agregado obter a qualificação de família. Reconhece-se, no entanto, que o entendimento do Autor deve ser interpretado de acordo com o contexto fático da época e o estágio de desenvolvimento das relações familiares. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Anotações diversas: Art. 36º, nº 1 (Família e casamento)*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Coord. André Gonçalves Pereira e *et. al.*, Lisboa, 1977, p. 372. Nada obstante, outros Autores contemporâneos a Castro Mendes, e inseridos no mesmo contexto da época, sufragavam a autonomia entre os direitos a constituir família e de contrair matrimônio: J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, p. 561; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, Vol. I, 2ª ed. rev. e amp., Coimbra, 2010, pp. 808-809, 811 e 812-813.

⁵⁸ A maioria dos Estados europeus reconhece a união de fato entre pessoas do mesmo sexo, mas não permite o casamento. Não é o caso, todavia, de Portugal, que desde o ano de 2010 regulamentou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁵⁹ ANTÓNIO BAGÃO FÉLIX, Reflexões sobre a família no limiar do século XXI, in *Traços da família portuguesa*, Lisboa, 1994, pp. 13-15.

⁶⁰ De acordo com a teoria tradicional, o Estado é composto por três elementos: território, população e governo. É para o povo que o Estado existe, e a família, entendida como arranjo grupal da sociedade, é salutar para a humanização do tecido social. Para DARCY AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, 4ª Ed., Porto Alegre, 1963, p. 23, a população de um Estado não é a junção de vários indivíduos isolados, e sim a reunião de famílias, associações, grupos profissionais e etc., que forma um todo orgânico.

⁶¹ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, p. 807.

Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho consideram a família uma garantia institucional⁶², um *plus* concedido pelo texto constitucional que, para além do direito fundamental atribuído aos indivíduos de constituir família, assegura que a instituição em si não será passível de supressão⁶³.

Eleger a família como bem jurídico, além de atrair o dever de proteção, tem como consequência permitir a sua regulação pelo Estado. No entanto, o texto constitucional confere sentido aberto à família, de forma que a proteção conferida ao instituto repousa sobre tantas quantas estruturas sociais seja possível se identificar. De logo, constata-se a dificuldade em disciplinar regras, em geral, estanques, para algo que, por permissão constitucional, é mutável e compreende variadas realidades.

O conteúdo do direito a constituir família é geralmente identificado por duas vertentes: o direito a procriar (ou o direito a ter filhos) e o direito a constituir vínculo de filiação (ou direito a estabelecer relações de paternidade e maternidade)⁶⁴.

Do direito a procriar, deduz-se a dimensão negativa do direito a não constituir prole. A submissão à esterilização voluntária ou consentida decorre do exercício dessa liberdade negativa. Embora o reconhecimento do direito a não procriar exsurja no tempo atual sem muitos questionamentos, em um passado não muito distante foi confrontado com o direito ao débito conjugal e da obrigatória constituição de prole, considerado por longas datas como direitos conferidos aos cônjuges decorrentes do matrimônio⁶⁵.

Surpreendentemente, o *Codex Iuris Canonici* (Código de Direito Canônico), promulgado pelo Papa João Paulo II em 1983, em substituição do Código de Direito Canônico de 1917, em que pese fazer referência à conexão obrigatória entre o casamento

⁶² J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, 2002, pp. 397-398 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 4ª ed., Coimbra, 2013, pp. 68-71. O primeiro Autor refere que a distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais é proveniente da doutrina alemã. Em que pese a relevância teórica da diferenciação entre as duas figuras jurídicas, os Autores portugueses reconhecem que a CRP, em alguns momentos, trata das duas situações indistintamente e, no caso do direito a constituir família (direito fundamental previsto no nº 1 do artigo 36º da CRP), é quase impossível dissociá-lo da garantia da instituição família (garantia institucional prevista no artigo 67º da CRP).

⁶³ Isto não significa, contudo, que a Constituição Portuguesa tenha atribuído personalidade jurídica própria ou legitimidade ativa ou passiva para a família responder em Juízo. A família é detentora de proteção constitucional, porém os direitos são de titularidade dos membros da organização familiar, devendo cada um invocar em nome próprio. Também neste sentido, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, op. cit.*, pp. 35/36.

⁶⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso, op. cit.*, pp. 137-138.

⁶⁵ MAURIZIO MORI, Fecundação assistida e liberdade de procriação, *Revista Bioética*, Vol. 9, nº 2, 2009, p. 58, relata que até pouco tempo o direito a não procriar somente era reconhecido às pessoas que não cassassem e renunciassessem a prática de ato sexual.

e a procriação, por consagrar no cânone 1055 que o pacto matrimonial tem como finalidade a procriação e a educação da prole, nos cânones 1084 e 1142 parece se afastar do dever de constituir prole e faz depender a validade do casamento apenas com a prática do ato sexual.

Tal assertiva tem como fundamento o fato de o cânone 1084 eleger a impotência como impedimento matrimonial e causa de nulidade do casamento de, no seu parágrafo 3º, excluir a esterilidade como motivo de anulabilidade do matrimônio. Aceitar a ausência de filhos ser justificada por motivo de esterilidade, mas a validade do casamento ser posta em causa por comprovada doença que afeta a capacidade de realizar o ato sexual aparenta dar mais primazia à sexualidade do que à constituição de prole.

Por sua vez, o cânone 1142 afirma que o casamento não consumado pode ser dissolvido. O cânone 1061 define o casamento consumado como aquele em que os cônjuges realizaram o ato humano competente para a constituição de prole, “e com o qual os cônjuges se tornam uma só carne”. Não há menção à ausência de prole como causa de dissolução do casamento⁶⁶.

Nesse sentido, por mais difícil que seja tentar encaixar as regras do Direito Canônico à luz dos preceitos jurídicos, não se pode afirmar que a Igreja Católica estabeleça a obrigatoriedade de constituir prole para a validade do casamento.

Ademais, para o Direito Civil, tanto o reconhecimento de uma família não se exige o prévio casamento, como não se se impõe o dever de gerar filhos para a garantia do *status* familiar. Assim, é de se questionar se diante da pluralidade de modelos de família que gozam de proteção constitucional, o direito a procriar ainda integraria o núcleo essencial do remodelado direito a constituir família⁶⁷.

A questão voltou a ser discutida com mais ênfase após a última reforma constitucional ter incluído no nº 2 do artigo 64º da CRP o dever de o Estado de regulamentar a procriação assistida à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Se

⁶⁶ Em uma releitura mais atual, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, 2004, pp. 272 e ss., considera existir uma obrigação dirigida aos cônjuges em manter relações sexuais. Para o Autor, a obrigação do débito conjugal deriva do dever de coabitação, que engloba uma obrigação de convivência ou comunhão sexual. O Autor também reconhece, p. 283, que o Direito Canônico impõe aos cônjuges o dever de manter relações sexuais.

⁶⁷ De acordo com MARGARIDA SILVESTRE, *Embriões excedentários: Entre a técnica, a lei e a ética*, Coimbra, 2015, p. 59, os Estados não reconhecem o direito do casal a procriar por motivo dos filhos não serem propriedade dos pais. No entanto, consideramos que o direito a procriar decorre da autonomia reprodutiva e não da ideia do filho como um direito.

a todo dever corresponde um direito, teria o legislador constitucional sepultado a controvérsia ao conferir o direito a procriar mesmo para aqueles indivíduos que naturalmente não conseguem estabelecer uma gravidez pelo método tradicional?

Ademais, a alínea e, nº 2 do artigo 67º da CRP passou a estabelecer o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação medicamente assistida, o que ocorreu com a edição da Lei nº 32/2006. Tal previsão, indubitavelmente, cumpre o propósito de assegurar o reconhecimento no nível da Constituição do uso das técnicas de procriação medicamente assistida.

Ainda assim, é forçoso reconhecer que a existência de prole não é elemento essencial para a caracterização da família. Estruturas familiares compostas por uma mulher e um homem, dois homens, duas mulheres, dois irmãos, uma avó e uma neta, um tio e um sobrinho e assim por diante também comungam do estatuto jurídico da família. A família não é refém da procriação.

No entanto, é com o estabelecimento da prole que a família, elemento fundamental da sociedade, tem a possibilidade de se desenvolver e perpetuar. Sem o nascimento de filhos, a família fica limitada ao plano horizontal e não transmite os seus valores e padrão de comportamento para as diferentes gerações⁶⁸.

Conferir à família a liberdade de escolha sobre a procriação é permitir que o projeto parental dê continuidade aos valores sociais e morais presentes em uma determinada época aos quais enriquecem e diversificam a sociedade, composta pelas mais variadas gerações sobrepostas⁶⁹. O próprio quadro-conceito aberto de família justifica incluir o direito a procriar em seu núcleo essencial, de modo a conceder autonomia às famílias construírem e ajustarem o contorno que desejarem.

Os dicionários costumam relacionar o vocábulo autonomia com independência ou liberdade de conduzir a si próprio, verdadeiro alicerce da noção kantiana de dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, autonomia tem relação com o subjetivismo e o

⁶⁸ ANTÓNIO BAGÃO FÉLIX, *Reflexões*, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ Helena de Melo argumenta que se aceitarmos o conceito de geração como sendo o conjunto de indivíduos nascidos em um mesmo momento e que reveste um espaço de tempo de aproximadamente vinte e cinco anos, então não haveria uma clara delimitação entre o início de uma geração e a imediatamente posterior. A autora considera que haveria um encadeamento e entrelaçamento infinito de gerações. HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, Coimbra, 2008, p. 171.

individualismo, na medida em que visa justificar a proibição de o Estado de interferir na esfera de autodeterminação individual.

No campo do Direito de Família, o apelo ao individualismo e a privatização (em contraposição à publicização) das relações familiares, incute a ideia de o Estado manter-se distante do controle das relações familiares. O império das intrincadas realidades sociais diminui a legitimidade de o Estado em propagar um *standard* para a organização das famílias⁷⁰. Não há mais lugar para o legislador que almeje incutir padrões morais ou regras de condutas para as escolhas estruturantes da família; o Direito deve sucumbir às práticas sociais e culturais do momento histórico.

Rita Lobo Xavier reconhece que a Constituição portuguesa inundou o Direito de Família com os princípios da liberdade, da igualdade e da autonomia, de modo que compete a cada indivíduo gerir a sua própria forma de construir ligações afetivas e de convivência com o outro, seja no plano horizontal (casamento, união estável e etc.), como no plano vertical (relacionamento pai e filho, ascendente e descendente), o que a Autora denominou de «autorregulamentação» das relações familiares.⁷¹

Assim, mesmo que sem unanimidade entre os juristas de Direito da Família, a doutrina majoritária considera que o direito a constituir família abrange o direito a procriar⁷². Por mais que haja consenso em negar que a existência de prole seja crucial para o reconhecimento da família, concede-se autonomia para a família, se assim desejar, conceber descendentes.

⁷⁰ Em simultâneo, JOÃO PEDROSO / PATRÍCIA BRANCO, *Mudam-se, op. cit.*, p. 62, referem que o superior interesse da criança convida o Estado a reassumir a intervenção nas escolhas familiares.

⁷¹ RITA LOBO XAVIER, Da crise à desregulamentação da família, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, 2003, pp. 837, 846 e 848. No entanto, a Autora declara que as relações familiares não são exclusivamente privadas e defende a intervenção do Estado em determinadas matérias atinentes a relação conjugal e a relação entre pais e filhos, com o intuito de fortalecer os vínculos familiares.

⁷² GUILHERME DE OLIVEIRA, Restrições de acesso à parentalidade, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito de Família*, nº 20, Coimbra, 2013, p. 7. Conforme o Autor, em razão do direito à procriar, seria inconstitucional uma lei que vedasse os casais a conceberem filhos. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, Vol. I., *op. cit.*, p. 399, reconhece expressamente que o direito a constituir família inclui o direito fundamental a procriar. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, Vol. I., *op. cit.*, p. 567, afirma que mesmo sem ser considerado elemento essencial da família, o direito a ter filhos está associado ao direito a constituir família, que por sua vez engloba a liberdade de procriação e o direito a paternidade e maternidade responsável. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, Vol. I., *op. cit.*, p. 813. Para DIOGO DE LEITE CAMPOS / MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições, op. cit.*, pp. 100 e ss, o direito a constituir família corresponde *ipsis litteris* ao direito a procriar. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito, op. cit.*, p. 67, entende que a autonomia do direito a contrair casamento e do direito à adoção reduziu o conteúdo do direito a constituir família a duas vertentes: o direito de procriar e o direito de constituir um vínculo de filiação não adotiva e de apadrinhamento civil.

Resta, entretanto, perquirir se o direito a procriar inclui somente a procriação natural ou também lança proteção para a procriação através das técnicas desenvolvidas pela medicina da reprodução.

Na mesma esteira do conceito aberto de família plasmado na CRP, em que se concede autonomia para os indivíduos adotarem os arranjos que dispuserem para o estabelecimento de uma relação familiar, pensamos que não há como o Estado tolher a escolha que recaia na reprodução pelo método da procriação medicamente assistida.

O domínio das tecnologias de reprodução, ao expandir as possibilidades para a constituição da prole, concede mais opções para a família realizar o projeto parental. A autonomia conferida à família de poder escolher livremente a forma que desejar não é compatível com a subtração de qualquer meio idôneo para a realização do fim desejado.

Dessa forma, ao se reconhecer o direito de todo indivíduo a procriar, por coerência lógica deve-se igualmente reconhecer o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida⁷³. A neutralidade da Constituição na organização da vida familiar exige que não se estabeleçam discriminações quanto à escolha pelos métodos reprodutivos.

Cabe à família eleger como deseja concretizar o projeto parental, seja por meio da concepção de filhos pelo método tradicional, seja através da adoção, seja pela utilização

⁷³ Neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, p. 567, que considera que o direito a ter filhos envolve o direito à inseminação artificial heteróloga ou a gestação de substituição, desde que conjugado com a dignidade da pessoa humana e o princípio do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, Jorge Miranda, mesmo sem afirmar inicialmente que o direito a procriar inclui a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, acrescenta adiante que a Constituição reconheceu a importância do uso das tecnologias reprodutivas para a concretização do direito fundamental a procriar. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 814 e 1366. Para JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito*, *op. cit.*, pp. 73-74, o artigo 36º da CRP não contempla o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida, no entanto os filhos nascidos com recurso às tecnologias reprodutivas não poderão ser objeto de discriminação. Por sua vez, Fernando Araújo contesta a existência de um direito fundamental à procriação por meio das tecnologias reprodutivas, ao reconhecer que o recurso a uma tecnologia artificial para a reprodução nunca poderá ser considerado um direito natural, nato do ser humano. O Autor questiona ainda se os portadores de doença genética ou contagiosa grave e os incapazes seriam titulares do direito de procriar. FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida: O problema da santidade da vida*, Coimbra, 1999, pp. 19-20. Novamente no panorama do Direito Internacional, em específico no Direito da União Europeia, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL / JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito*, *op. cit.*, pp. 133-134, consideram que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, no artigo 9º, não esclarece se o direito a constituir família engloba o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida. A tática estabelecida no artigo 9º da Carta de fazer remissão às garantias conferidas pelas legislações nacionais, além de não conferir proteção ao direito material, admite a possibilidade de os cidadãos europeus disporem de estatutos jurídicos diversos no tocante ao direito a procriar. No entanto, no final concluem que a proibição do acesso de casais homossexuais de homens e mulheres às técnicas de procriação medicamente assistida violaria o princípio da não discriminação, enunciado no artigo 21º da Carta.

de técnicas de procriação medicamente assistida. É o pluralismo concedido na formação da família que justifica, em suma, o direito a procriar nas mais variadas possibilidades.

Cumprе ressaltar que, para efeito dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com competência no âmbito do Conselho da Europa, considera que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida é amparado pelo direito ao respeito pela vida privada e familiar⁷⁴, a merecer a proteção do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷⁵.

Por sua vez, no domínio da União Europeia, o Tribunal de Justiça considera que a redação do artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais⁷⁶ é idêntica à do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, portanto, ambos dispositivos conferem a mesma proteção ao direito à vida privada e familiar⁷⁷.

De forma específica, as anotações feitas ao artigo 7º no projeto da Carta, de responsabilidade do *Præsidium* da Convenção Europeia, e que foram publicadas em anexo com a Carta⁷⁸, em que pese não terem valor jurídico, referem que o direito ao respeito pela vida privada e familiar tem o mesmo sentido e âmbito de proteção do artigo correspondente da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Dessa forma, ao menos no cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não restam dúvidas quanto à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida estarem protegidas pelo direito à vida familiar, seja no âmbito do Conselho da Europa, seja no âmbito da União Europeia.

No entanto, convém elucidar uma sutil diferença entre o direito fundamental a constituir família, previsto na CRP, e o direito humano ao respeito pela vida privada e familiar, previsto na CEDH (e replicado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

⁷⁴ Acórdãos TEDH, *Dickson v. the United Kingdom*, de 04.12.2007, § 66 e *S.H. and others v. Austria*, de 3.11.2011, §82, consideraram que o recurso à técnica de procriação medicamente assistida para conceber uma criança é uma expressão da vida privada e familiar.

⁷⁵ A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais, doravante Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou CEDH, foi aprovada no âmbito do Conselho da Europa em 1951 e ratificada por todos os Estados-Membros, tendo entrado em vigor no ano de 1953.

⁷⁶ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000.

⁷⁷ Conforme acórdão TJUE, C-400/10 PPU, de 05.10.2010, § 53.

⁷⁸ Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, (2007/C 303/02), de 14.12.2000.

O direito à vida familiar expresso no artigo 8º da CEDH não garante o direito a constituir uma família, mas sim pressupõe a existência de uma relação familiar merecedora de proteção⁷⁹. Dessa forma, pode-se afirmar que ao invés de o direito de estabelecer uma família, o artigo 8º da CEDH salvaguarda o direito a desenvolver o relacionamento familiar.

Tal como no sistema conferido pela Constituição portuguesa, a CEDH não estabeleceu um conceito unívoco para a família. Para que um relacionamento seja enquadrado dentro do conceito de vida familiar para fins de invocação da tutela conferida pelo artigo 8º, é necessário comprovar a existência de uma conexão emocional entre os envolvidos, o que Alice Diver chama de *remembered relatedness*, o que pode ser traduzido como relacionamento ou parentesco lembrado⁸⁰.

Um dos pontos negativos da teoria do *remembered relatedness* consiste na dificuldade do TEDH em reconhecer a proteção conferida à vida familiar nos casos de recém-nascidos ou crianças muito pequenas, em que a relação ou contato social com o progenitor ausente dificilmente passa pelo teste do parentesco lembrado.

De toda sorte, uma vez que o TEDH reconheça a vida familiar no caso submetido ao escrutínio, deduz-se o direito de os pais recorrerem às técnicas de procriação medicamente assistida para a constituição de prole.

Por outro lado, na hipótese de o TEDH não considerar a relação estabelecida entre as partes como equivalente a vida familiar para fins de proteção do artigo 8º, restará sempre a alternativa do direito a procriar através das tecnologias de reprodução, por corresponder ao exercício da liberdade de escolha e o Estado ter o dever de respeitar essa tomada de decisão, ser incluído dentro do conceito de vida privada, a merecer a mesma proteção conferida pelo artigo 8º da CEDH.

⁷⁹ Acórdão TEDH, *E.B. v. France*, de 22.01.2008, § 41.

⁸⁰ ALICE DIVER, *A law of blood-ties: The 'right' to access genetic ancestry*, Londonderry, 2014, p. 104, afirma que para o TEDH o parentesco deve ser lembrado para merecer proteção legal. Já SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família*, Coimbra, 2008, p. 72, prefere denominar como «critério da efectividade dos laços interpessoais».

Para além do direito a procriar, o qual consideramos incluso o direito a procriar por meio das técnicas de procriação medicamente assistida, do direito a constituir família também se deduz o direito a constituir vínculo de filiação⁸¹.

O direito a constituir vínculo de filiação confere a paternidade e a maternidade como um direito inalienável dos pais. Assim, afigurar-se-ia inconstitucional uma regra que proibisse o pai de perfilhar e a mãe de declarar a maternidade do filho, ou que proibisse a propositura de ação judicial para investigar a paternidade e a maternidade do filho⁸².

A salvaguarda dos vínculos de filiação, além de outorgar proteção aos pais, também confere direitos subjetivos aos filhos, na medida em que impõe aos pais o dever de criação e educação da prole.

Ressalte-se que Jorge Pinheiro relembra que o reconhecimento de filiação decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, sempre dependerá da declaração de vontade dos que querem ver o vínculo de maternidade e paternidade reconhecidos⁸³.

De fato, o artigo 20º da Lei da Procriação Medicamente Assistida exige a manifestação do consentimento para o uso das tecnologias de reprodução, bem como para o reconhecimento da parentalidade⁸⁴. Ao revés, a constituição do vínculo de filiação com fundamento na procriação natural pode, em determinadas circunstâncias, ser reconhecida judicialmente contra a vontade dos pais, especialmente nos casos em que envolvem inversão do ônus da prova⁸⁵.

⁸¹ JORGE MIRANDA, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, p. 813, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito*, *op. cit.*, pp. 67 e 167. Também considerando o direito a constituir vínculo de filiação como incluso no núcleo essencial do direito a constituir família, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, *op. cit.*, pp. 60-61 e 137-138. Por sua vez, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 565-568, não fazem qualquer menção expressa ao direito a constituir vínculo de filiação como decorrente do direito a constituir família. No entanto, os Autores reconhecem o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos e a garantia de não privação dos filhos como direitos decorrentes do direito a constituir família.

⁸² FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, *op. cit.*, p. 139.

⁸³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito*, *op. cit.*, p. 168. No entanto, consideramos que também na adoção, o vínculo de filiação só pode ser estabelecido através do consentimento. Não é possível tornar-se pai ou mãe adotivos contra a vontade.

⁸⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito*, *op. cit.*, p. 160, explica que a Lei da Procriação Medicamente Assistida designa o reconhecimento do vínculo de filiação como constituição de parentalidade. Assim, refere que enquanto o estabelecimento de filiação pressupõe a existência de uma relação sexual, a parentalidade exsurge com a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

⁸⁵ O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 5525/16.3T8CBR.C1, de 06 de fevereiro de 2018, determinou a inversão do ônus da prova, com fundamento no número 2 do artigo 344º

Sobre a nova sistemática inaugurada pela LPMA, Rute Teixeira Pedro ressalta a mudança desencadeada pela utilização da palavra parentalidade na legislação: o novo vocábulo, inspirado na palavra parental, passa a designar as relações que serão estabelecidas entre a criança concebida através das tecnologias reprodutivas e aqueles que a lei reconhecer como seus pais⁸⁶. Em alguns casos, a lei conferirá o estatuto jurídico de pai a uma pessoa que não possui ligação genética com o filho e, por outro lado alijará o detentor de vínculo biológico de exercer a paternidade da criança concebida por meio da procriação medicamente assistida⁸⁷.

Assim, consideramos inevitável a inclusão do direito ao estabelecimento da parentalidade, tal como já se reconhece o direito a constituir vínculo de filiação, como mais um desdobramento do direito a constituir família.

No entanto, será que o direito fundamental a constituir família através da procriação medicamente assistida admite a utilização de todas as tecnologias atualmente disponíveis? De igual forma, é possível a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida por simples ato de vontade, independente da comprovação de impossibilidade de procriar através do método tradicional? Esses são questionamentos que pretendemos abordar e responder no decorrer do estudo.

Conforme será desenvolvido no capítulo segundo, a nova sistemática inaugurada pelas reformas da Lei da Procriação Medicamente Assistida não deixa dúvidas quanto à utilização da técnica, ao menos para a mulher, independente da comprovação do diagnóstico de infertilidade. Assim, no tocante à segunda indagação, já é possível antecipar que a lei deixa à autonomia da mulher a escolha do método de procriação que melhor lhe agrada, como mais uma alternativa possível: a gravidez natural ou a gravidez medicamente assistida.

do Código Civil português, diante da recusa do investigado de se submeter ao teste de DNA para o estabelecimento da paternidade. Assim, o estabelecimento da filiação nos casos de procriação natural pode ser imposto mesmo contra a vontade dos pais. Decisão disponível para consulta em <https://www.trc.pt>.

⁸⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto / Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, p. 151.

⁸⁷ FERNANDO ARAÚJO, Direito da Bioética, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2008, p. 203. A última hipótese refere-se à proibição da gestante de substituição ou mãe portadora (outrora prevista na LPMA antes da decisão do Tribunal Constitucional nº 225/18, de 24.04.2018, declarar a inconstitucionalidade do regime jurídico da gestação de substituição) e dos doadores de gametas na inseminação heteróloga serem reconhecidos como genitores da criança concebida.

Quanto à primeira indagação, vimos que a proteção conferida aos direitos reprodutivos, no cenário internacional, engloba o direito a obter informações acerca da reprodução. A Constituição da República Portuguesa, na alínea d) do n.º 2 do artigo 67.º prescreve que o Estado deve garantir o acesso à informação e aos métodos de planeamento familiar como forma de possibilitar que a tomada de decisão sobre a reprodução seja livre e esclarecida. Se o Estado tem a obrigação de disponibilizar informação correta para a livre tomada de decisão, por óbvio, também deverá respeitar a decisão reprodutiva individual.

É indubitável concluir, portanto, que a escolha sobre o método de reprodução, se natural ou com o uso das tecnologias de reprodução, expressão máxima do livre-arbítrio, é amparada constitucionalmente⁸⁸. Não há como se pensar no Estado conferir licença para o exercício da parentalidade ou avocar as decisões reprodutivas⁸⁹.

Por mais estranho que possa soar, o advento das técnicas de procriação medicamente assistida só veio a acrescentar mais alternativas de escolha na reprodução humana, tal como compete à gestante escolher entre o parto normal e a cesariana. Independente das críticas de cunho moral, ético e científico que recaem sobre a prévia escolha pelo parto por cesariana⁹⁰ sem estar relacionado com as questões individuais de

⁸⁸ Em sentido contrário, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito, op. cit.*, pp. 169-170, que entende inexistir um direito a livre escolha entre a procriação natural e a procriação com recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, podendo a escolha recair na procriação assistida somente nos casos de infertilidade e para evitar a transmissão de doença grave ou anomalia genética. No entanto, logo adiante o Autor reconhece que com a alteração da LPMA, concede-se à mulher autonomia para optar livremente entre a procriação natural ou a procriação medicamente assistida.

⁸⁹ DEBRA SATZ, *Remaking families: A review essay, Signs*, Vol. 32, n.º 2, 2007, p. 527. Por outro lado, a Autora critica o fato de a adoção ser excessivamente regulada pelo Estado, com o objetivo de selecionar a melhor família para uma criança, ao passo que o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida geralmente independe da comprovação prévia da capacidade dos beneficiários em exercer a paternidade e a maternidade. A Autora conclui, ao final, que para o Estado, enquanto a adoção é uma questão de interesse público, a utilização das tecnologias de reprodução é de exclusivo interesse privado.

⁹⁰ Estudos científicos apontam que a excessiva medicalização do parto traz malefícios ao desenvolvimento fetal, além de retirar da gestante o controle da experiência da maternidade e do parto (o que para algumas significa um rito de passagem para a maturidade), posto que o médico assume a tomada das decisões sobre todos os aspectos que envolvem a gestação, desde a forma e o tipo de nutrientes e fármacos a serem ingeridos pela gestante e o bebê, estilo de vida e hábitos, até a decisão do dia do nascimento. JUDITH WALZER LEAVITT, *The Growth of Medical Authority: Technology and morals in turn-of-the-century obstetrics, Medical Anthropology Quarterly*, Vol. 1, n.º 3, 1987, pp. 230 e ss., ao descrever a consolidação da autoridade médica no domínio do conhecimento sobre a saúde, afirma que hoje os médicos são os mais poderosos árbitros da sala de parto. Por outro lado, a CANDACE JOHNSON, *The Political "Nature" of pregnancy and childbirth, Canadian Journal of Political Science*, Vol. 41, n.º 4, 2008, pp. 892-893, afirma que a excessiva medicalização da gravidez não é determinante para a redução da mortalidade materna. JULIE A. WINDMILLER, *Early planning and the salutary effects on natural childbirth, International Journal of Childbirth Education*, Vol. 32, n.º 4, 2017, pp. 42-43, ressalta os benefícios do parto natural em relação ao parto por cesariana como sendo a mulher não ser desprovida da capacidade de andar durante e após o parto, a diminuição dos efeitos colaterais causados pela excessiva medicalização, o aumento da

saúde da gestante e do bebê, fato é que a gestante é livre para optar pelo método que tenha mais ou menos interferência médica no seu trabalho de parto⁹¹.

De igual forma, entendemos que a preferência pela utilização das tecnologias reprodutivas para a constituição de prole, seja pelas mais variadas razões e dissociadas de uma indicação médica ou necessidade de saúde, assemelha-se a um procedimento médico eletivo, em que compete às partes escolherem o dia e o horário em que irão se submeter a uma fertilização *in vitro*. Não se pode eliminar uma escolha reprodutiva sob a justificativa de que se afasta do *standard* idealizado por uma parcela da sociedade.

Uma diferença marcante no advento das tecnologias reprodutivas é que a escolha livre e consciente da gestante que recaia sobre a utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida deverá ser condizente com o regramento legal. A utilização de um método reprodutivo não tradicional estará adstrita às regras ditas pelo Estado, sobretudo para a garantia do superior interesse da criança. A escolha é livre, a utilização da procriação medicamente assistida é regulamentada⁹².

No tocante à primeira indagação formulada, no sentido de perquirir se o direito a procriar garante a utilização das tecnologias de reprodução segundo o estágio atual da

ligação emocional entre a mãe e o bebê, com a conseqüente diminuição do risco de depressão pós-parto, o melhor desenvolvimento das habilidades motoras dos bebês por auxiliarem na passagem vaginal, o incremento das taxas de sucesso da amamentação e a diminuição do risco de problemas no assoalho pélvico e lesões perineais. A título de conhecimento, Portugal, no ano de 2000, instituiu a Comissão Nacional para a Redução da Taxa de Cesariana e em 2015 foi publicado um estudo que evidencia a redução da taxa nacional de cesariana entre os anos de 2010 a 2014 de 36,6% para 33,1%, sem que isso implicasse em alteração da taxa de mortalidade materna. DIOGO AYRES DE CAMPOS e *et. al.*, *Lowered national cesarean section rates after a concerted action, Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, Vol. 94, nº 4, 2015, p. 392.

⁹¹ A livre escolha pela cesariana é mais restrita se a gestante estiver inserida no sistema público de saúde. Ao Estado compete gerir os recursos de saúde e definir as linhas de cuidado de saúde prioritárias para atendimento dos utentes. O parto natural, por demandar menor medicalização e intervenção cirúrgica, é sabidamente menos onerosa para o Estado. Assim, para a melhor racionalização dos recursos de saúde, pode-se adotar linhas de cuidado menos onerosas, desde que igualmente cumpram a obrigação estatal de proteção e promoção da saúde. Para MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito, op. cit.*, pp. 56-57, o Estado goza de uma margem de conformação tanto na escolha das prestações de saúde que deverão estar disponíveis no serviço nacional de saúde, como poderá excluir determinados cuidados de saúde que não assegurem um equilíbrio entre o custo-benefício. De toda forma, a cesariana é disponibilizada no serviço nacional de saúde no caso de indicação médica e comprovada gestação de risco.

⁹² Para JOSÉ CHOFRE SIRVENT, *Reproducción asistida y Constitución [Espanola] (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)*, *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 8, nº 1, 2008, p. 145, o desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida retira a decisão sobre a reprodução do âmbito do interesse meramente individual e lança-a para o domínio público. Concordamos em parte com a assertiva do Autor. Primeiro, pois também na adoção, considerada uma alternativa à disposição dos indivíduos para estabelecimento de vínculos de filiação, os pretendentes devem sujeitar-se a rigorosa supervisão do Estado. Segundo, como visto, a associação dos direitos reprodutivos a metas de desenvolvimento e crescimento populacional dos Estados prontamente já havia estabelecido o interesse público na tomada de decisão individual sobre a reprodução.

técnica, de logo é possível pensar que, tal como outros direitos fundamentais, o direito de procriar e, quiçá, um possível direito ao uso indiscriminado das técnicas de procriação medicamente assistida não são absolutos.

Há de se ter em mente que o exercício de um direito fundamental não pode impactar demasiadamente outro direito, igualmente fundamental, sem uma forte justificativa constitucional.

Mesmo no nascedouro da doutrina dos direitos fundamentais, comumente atribuída ao pensamento clássico da época liberal-individualista do século XVIII, em que se sentiu a necessidade de estabelecer um catálogo de direitos, liberdades e garantias do indivíduo frente ao Estado, nunca se propôs que os direitos fundamentais fossem absolutos ou não admitissem restrição⁹³, ideia que foi imortalizada na conhecida frase atribuída ao filósofo inglês Herbet Spencer de que o direito de cada um termina onde começa o do outro⁹⁴.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não são absolutos, ao revés, podem ser atingidos na medida do necessário para a proteção de outro direito fundamental que goze de mesmo *status* constitucional. Não se trata de eliminação de um direito, mas sim de cedência em prol de outro direito em contraposição e, também, constitucionalmente garantido, sem atingir o seu núcleo essencial.

A propósito, dada a grandeza do catálogo de direitos fundamentais normalmente assegurados em uma Constituição, é de se imaginar que não seria possível aos legisladores constituintes preverem toda a sorte de colisões entre os direitos fundamentais e antecipadamente já resolver todos os casos de restrições aos direitos por meio de reserva de lei⁹⁵.

⁹³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 263.

⁹⁴ HEBERT SPENCER, *Instituciones políticas*, tomo II, Madrid, 1922, pp. 133 e ss, começa a desenvolver essa ideia ao afirmar que o propósito da lei é assegurar o princípio da cooperação obrigatória.

⁹⁵ Para JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 569 e ss., a ausência de menção expressa pelo legislador constituinte à possibilidade de restrição do direito fundamental não o torna absoluto, vez que diante da complexidade das relações sociais impossível imaginar um direito fundamental ilimitado.

Dito isso, reconhecemos, aqui, a possibilidade de existir restrição aos direitos fundamentais simplesmente em razão de colidirem ou de se oporem a outro direito fundamental⁹⁶, não sendo imprescindível norma constitucional que autorize a restrição.

Resta, no entanto, localizar, dentro do sistema constitucional português, qual direito fundamental é excessivamente impactado pelo uso indiscriminado das tecnologias de reprodução atualmente disponíveis pelo o avanço da ciência⁹⁷.

Por hora, reconhecemos que o direito a constituir família autoriza o indivíduo a tecer o projeto parental que desejar, mesmo que os usos das técnicas de procriação medicamente assistida impliquem demasiado controle da medicina na reprodução humana.

1.3 Direito ao desenvolvimento da personalidade

A liberdade de escolha na decisão sobre a reprodução encontra guarida no direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, acolhido no nº 1 do artigo 26º da Constituição portuguesa após a revisão constitucional do ano de 1997.

De logo, importa esclarecer que não há distinção nas menções ao direito ao desenvolvimento da personalidade ou ao livre desenvolvimento da personalidade, e a duplicidade de terminologia utilizada pelos juristas é atribuída ao fato de a Lei Fundamental alemã⁹⁸, ao contrário do texto constitucional português, ter acolhido a

⁹⁶ Conforme JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, *op. cit.*, p. 267, a Constituição da República Portuguesa não adota a teoria de Alexy, que pretende que os direitos fundamentais tenham conteúdos ampliados e os casos de colisão sejam resolvidos pelos critérios de ponderação e harmonização. O Autor propõe que as colisões entre direitos fundamentais sejam resolvidas através de reserva de lei ou, na sua ausência, que o recurso à interpretação das normas constitucionais restrinja o âmbito de proteção do direito, excluindo os conteúdos não protegidos pela norma, para afastar possíveis conflitos aparentes de normas, posição também adotada por Jorge Reis Novais. Ambos os autores divergem tão somente quanto ao momento da restrição operada pela interpretação, Vieira de Andrade entende que seria de logo em abstrato e Reis Novais apenas no caso concreto.

⁹⁷ Para J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 567 e 859, o direito a utilizar a procriação medicamente assistida não autoriza o uso de todas as técnicas médicas atualmente disponíveis, mas somente aquelas compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

⁹⁸ A *Grundgesetz* ou GG, promulgada pelo Conselho Parlamentar em 1949 foi concebida em caráter provisório para vigorar durante o governo transitório do pós-guerra, como sugere o preâmbulo da Lei básica. Como após a unificação da Alemanha em 1990 não foi promulgada nenhuma outra Constituição, entende-se que a GG, também conhecida como Lei Fundamental alemã, é a atual Constituição da República Federal da Alemanha. VITAL MOREIRA, 50 Anos da Lei Fundamental Alemã, *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, Brasília, Vol. 1, nº 2, 1999, sem paginação no original.

denominação direito a livre desenvolvimento da personalidade⁹⁹. Não ter o legislador constituinte português adotado a inclusão do termo “livre”, no entanto, não afasta a similitude do direito daquele especificado pela doutrina alemã.

Paulo Mota Pinto considera que a tutela do direito ao desenvolvimento da personalidade pelo ordenamento jurídico português não foi inaugurada com a sua inclusão expressa no texto constitucional no ano de 1997¹⁰⁰. Para o Autor, o direito ao desenvolvimento da personalidade é uma garantia ínsita ao princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, apresentava-se justificável antes mesmo da previsão formal no texto Constitucional.

De fato, em um cenário de pluralidade e constantes inovações tecnológicas, uma Constituição que anseie prolongar-se no tempo deve estabelecer mecanismos de abertura a novos direitos.

Além da possibilidade de inclusão de novos direitos pela revisão constitucional, normalmente as Constituições amigas dos direitos fundamentais admitem algum tipo de cláusula aberta geral¹⁰¹ que autorize a incorporação de novos direitos.

Nesse contexto, surge o princípio da dignidade da pessoa humana, adotado pela maioria dos Estados de Direito¹⁰² que, dentre sua reconhecida multifuncionalidade, desempenha o importante papel de deduzir a existência de direitos fundamentais não

⁹⁹ A título de comparação, a Constituição Federal do Brasil não faz menção expressa ao direito ao desenvolvimento da personalidade, o que não impede a doutrina e a jurisprudência nacional de o reconhecer como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que desempenha o importante papel de cláusula geral para a dedução de outros direitos fundamentais não escritos.

¹⁰⁰ PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in *Portugal-Brasil ano 2000*, 1999, Coimbra, pp. 151-153. Para o Autor, com citação de doutrina alemã (Horst Dreier), o direito ao desenvolvimento da personalidade seria uma denominação atrasada para a garantia conferida à autonomia dos indivíduos decorrente do direito geral de liberdade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o Autor questiona a utilidade da autonomização do direito ao desenvolvimento da personalidade.

¹⁰¹ Citam-se como exemplos o §2º do artigo 5º da Constituição brasileira, o artigo 16º da Constituição da República Portuguesa e o nº 2 do §1 da Lei Fundamental alemã.

¹⁰² Após os horrores vivenciados pela Alemanha no período nazi, é quase impossível identificar uma única Constituição promulgada após o período das duas grandes guerras que não tenha incorporado expressa ou implicitamente o valor da dignidade da pessoa humana em seu texto. LUIS ROBERTO BARROSO, *Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Trad. Humberto Laport de Mello, 4ª reimpressão, Belo Horizonte, 2016, pp. 19-21.

escritos¹⁰³. Seja admitido como princípio ou como direito fundamental¹⁰⁴, é comum considerar que a dignidade da pessoa humana é o valor que se irradia sobre todo o sistema jurídico dos Estados de Direito e ancora os direitos fundamentais.

No entanto, para além da função de cláusula aberta, é reconhecido que o princípio da dignidade da pessoa humana também é convocado a atuar como fundamento para a restrição de direitos fundamentais.

A previsão de que as técnicas de procriação medicamente assistida não poderão ferir a dignidade da pessoa humana, prevista no nº 2 do artigo 64º da CRP, deixa antever que o legislador constitucional entendeu por bem enfatizar que o direito a procriar não confere um direito absoluto (embora não fosse necessário expressar)¹⁰⁵.

Neste caso, o princípio da dignidade está colocado no texto Constitucional como um parâmetro para justificar medidas restritivas ao direito fundamental a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida. A dignidade sinaliza uma atuação contra o direito fundamental a procriar com vistas à preservação da dignidade da espécie ou à conservação da identidade e integridade humana¹⁰⁶.

¹⁰³ MARIA LÚCIA AMARAL, *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional portuguesa*, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*, Org. Augusto Silva Dias et. al., Coimbra, 2009, p. 951 e VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, 2014, pp. 226 e 233-234. Para ambas as autoras, a dignidade humana exerce a função de cláusula aberta, porém não teria poder para, por si só, fundamentar um direito autónomo, apenas reforçá-lo. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre, 2015, pp. 116-117, por sua vez, entende que mesmo não sendo a dignidade um direito fundamental, pode-se deduzir outros direitos fundamentais implícitos diretamente do princípio constitucional.

¹⁰⁴ Acerca da controvérsia no Direito alemão se a dignidade da pessoa humana seria princípio ou direito fundamental, GÜNTER DÜRIG, *Escritos reunidos 1952-1983*, Trad. Antônio Francisco de Souza, São Paulo, 2016, p. 99, considera que a dignidade da pessoa humana é um princípio e não direito fundamental. Para reforço desse entendimento, PAOLO BECCHI, *O princípio da dignidade humana*, Trad. Guilherme Genro, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Vol. 7, Belo Horizonte, 2008, p. 198, explica que a dignidade da pessoa humana foi alçada ao ápice do sistema jurídico, sem estar listada ao lado dos direitos fundamentais na Lei Fundamental alemã, para não se sujeitar à ponderações e restrições. Em sentido contrário: ERNST BENDA, *The protection of human dignity (Article 1 of the Basic Law)*, *SMU Law review*, Vol. 53, 2000, p. 444, diz que, ao revés do quanto afirmado por Dürig, o Tribunal Constitucional Federal alemão entende que a dignidade é ao mesmo tempo princípio constitucional e direito fundamental.

¹⁰⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, op. cit., pp. 277-278, ensina que, mesmo nos casos em que a Constituição Portuguesa não tenha autorizado expressamente a restrição a um direito fundamental, o legislador constitucional não pretendeu que estes fossem absolutos ou ilimitados, visto que poderão, em um determinado conflito prático, colidirem com outros direitos ou valores, que exigirão a cedência parcial ou total do direito.

¹⁰⁶ Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e inconstitucionalidade*, Vol. II, Reimp., Coimbra, 2017, p. 26.

Ocorre que, conforme veremos com mais detalhes a seguir, a dignidade da pessoa humana também justifica a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida para o desenvolvimento da personalidade, pois reconhece a pessoa como sujeito de direitos, capaz de determinar a si mesma. Então, em um potencial conflito entre o direito a procriar com o uso das técnicas de procriação medicamente assistida e o direito à dignidade da espécie humana ou o valor dignidade humana, poder-se-ia convocar a dignidade para reforço do conteúdo dos dois direitos fundamentais contrapostos, o que Jorge Novais denomina de um conflito de dignidade contra a dignidade¹⁰⁷.

No entanto, para o mesmo Autor, ampliar a previsão normativa do princípio da dignidade, de modo a viabilizar a atuação sobreposta em um conflito de direitos fundamentais, não atribui maior efetividade ao valor dignidade e nem confere uma maior proteção aos direitos fundamentais considerados¹⁰⁸. Os direitos fundamentais não necessitam da dignidade como bengala para demonstrar envergadura jurídica.

Assim, dado o uso retórico ou abusivo do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁹, que em muitas situações é empregado como reforço do conteúdo normativo do direito fundamental com o propósito de torná-lo invencível em uma ponderação de direitos, aliada à dificuldade em se estabelecer um conteúdo preciso do princípio da dignidade¹¹⁰, consideramos que a cláusula geral de limitação da procriação medicamente assistida não resulta num critério objetivo para impedir o acesso às tecnologias reprodutivas no estágio atual da técnica.

Justificar a restrição do direito a procriar através da PMA unicamente no parâmetro dignidade tem o inconveniente de que a dignidade também é convocada para

¹⁰⁷ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 183 e ss.

¹⁰⁸ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 184-186. O Autor enfatiza que os direitos fundamentais, a par de encontrarem fundamento comum no princípio da dignidade da pessoa humana, não necessitam associar-se ao princípio para demonstrar maior eficácia jurídica. A delimitação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais já assegura proteção ao bem jurídico que visa resguardar. Possíveis restrições à autonomia e aos direitos de liberdade e bem-estar geral não resultam em uma lesão simultânea da dignidade.

¹⁰⁹ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Coimbra, 2015, p. 121, discorre que a dignidade é utilizada de forma abusiva ou tendencial quando se tira proveito da indeterminação do seu conteúdo para impor pontos de vista isolados ou desprovidos de consensos.

¹¹⁰ É comum considerar mais fácil a determinação negativa do conteúdo da dignidade, ou seja, de verificar se a hipótese viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do que estabelecer positivamente o núcleo essencial. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Coimbra, 2015, pp. 23-29, retrata a dificuldade em se extrair um conteúdo normativo para o princípio da dignidade.

atuar em sentido contrário, como argumento para refutar a medida restritiva ao direito fundamental a procriar, esta última o que se convencionou chamar de atuação da dignidade como limite aos limites dos direitos fundamentais¹¹¹.

Além da possibilidade do uso retórico da dignidade a favor e contra o direito a procriar, a dignidade também atua como fundamento da potencial restrição (conforme a previsão expressa do nº 2 do artigo 64º da CRP) e como limite à restrição do direito fundamental (limite aos limites). A reconhecida inexistência de um conteúdo próprio para o princípio da dignidade, que o diferencie do âmbito de proteção estabelecido pelos direitos fundamentais em tensão, reduz a chance de o princípio contribuir para a solução do *hard case*. Dito de outra forma, a dignidade invocada para todo o lado diminui a possibilidade de o princípio apresentar critérios seguros a justificar ou afastar as medidas restritivas ao acesso à procriação medicamente assistida¹¹².

Assim, consideramos que o ponto central do estudo consiste em analisar a presença de justificativa constitucional para limitar o uso das técnicas de procriação medicamente assistida para além da cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana. De toda sorte, deve-se reconhecer que toda forma de procriação, se não ferir a dignidade da pessoa humana e outros direitos dignos de mesma proteção, é assegurada pela CRP.

Ultrapassada a questão de a dignidade da pessoa humana atuar como parâmetro unívoco para justificar a restrição ao direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida, compete, pois, analisar o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade. Jorge Novais considera que o direito ao desenvolvimento da personalidade é um direito subsidiário, de natureza abrangente, que possui pouca densidade normativa¹¹³. Mesmo com reconhecimento autônomo na Constituição Portuguesa, o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade possui muitos pontos em comum com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A expressão desenvolvimento da personalidade é atribuída aos estudos iniciados por Freud, Piaget e Vygotsky¹¹⁴. Para a psicologia social, o desenvolvimento da

¹¹¹ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 30-33.

¹¹² Jorge Novais menciona a tendência de se utilizar a dignidade humana no campo da biomedicina e da bioética de forma banal ou interessada. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade*, Vol. II, *op. cit.*, p. 114.

¹¹³ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹¹⁴ KEVIN JOHAN VILLALOBOS BADILLA, *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*, San Ramón, 2012, p. 57.

personalidade é um processo complexo, que ocorre durante toda a vida de uma pessoa, e inclui o desenvolvimento físico, psicológico e sociocultural¹¹⁵.

Para compreender o direito ao desenvolvimento da personalidade, é salutar estabelecer o sentido jurídico da palavra personalidade. Juridicamente, define-se a personalidade como a reunião de todos os atributos que individualizam e diferenciam a pessoa dos seus pares. O conceito jurídico de personalidade assimila a ideia preconizada por Kant de que toda pessoa é única e insubstituível e por tal motivo é conferida proteção a todos os fatores que sirvam para identificar e individualizar a pessoa humana, estejam eles relacionados em lei ou não.

O reconhecimento do valor e da singularidade da condição humana permite aceitar que toda pessoa deve ser considerada sujeito de direitos e que, através da consciência e do intelecto, é capaz de se determinar e de se desenvolver. Para que o indivíduo tenha garantido o desenvolvimento da sua personalidade, é imperioso o Estado não intervir nas escolhas e assegurar que o processo de crescimento individual será conforme as convicções e vontades pessoais.

Destarte, o advento do direito ao desenvolvimento da personalidade é estritamente ligado ao postulado da dignidade da pessoa humana. Para além da necessidade de o Estado reconhecer como digna toda a vida humana e impedir tratamentos que reduzam a pessoa humana a um objeto¹¹⁶, do princípio da dignidade da pessoa humana também decorrem obrigações positivas e negativas dos Estados para garantir tanto o desenvolvimento como o gozo da vida digna.

¹¹⁵ KEVIN JOHAN VILLALOBOS BADILLA, *El derecho, op. cit., idem.*

¹¹⁶ Günter Dürig, no ano de 1957, desenvolveu a teoria conhecida por fórmula do objeto. Com inspiração na máxima kantiana de que todo homem deve ser considerado fim de si mesmo, a fórmula do objeto propõe que sempre que a pessoa não for tratada como sujeito, mas sim objeto da ação estatal, haverá violação da sua dignidade. A teoria sustenta a proibição do Estado ou de terceiros dispensar tratamento que instrumentalize a condição humana, considerando toda pessoa um ser insubstituível. GÜNTER DÜRIG / THEODOR MAUNZ, *Kommentar zum Grundgesetz*, Vol. I. München, 2003, p. 15. Jorge Reis Novais, no entanto, defende que nem todo tipo de instrumentalização da pessoa consistirá em violação da dignidade humana, sendo imperioso apurar-se a natureza da ofensa, o contexto e a intenção por detrás da ação. Para o Autor, haverá violação da dignidade da pessoa humana quando a utilização como meio é feita para degradar, coisificar, desprezar e inferiorizar a pessoa. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade, op. cit.*, pp. 115-116. Em uma conhecida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, BVerfGE Band 30, 1-47, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 e 308/69, de 15.12.1970, sobre a validade de escuta telefônica, a Corte Alemã também asseverou que nem toda instrumentalização do indivíduo importa em violação da sua dignidade, pois há casos em que a pessoa é reduzida a objeto para a satisfação de outros interesses tutelados pelo Direito.

Tendo como enfoque as obrigações positivas dos Estados para assegurar a realização da vida humana digna, com fundamento nas ideias de justiça social e redistribuição de renda, a doutrina e a jurisprudência destacaram do princípio da dignidade o conceito do direito ao mínimo existencial. O mínimo existencial encerra, ao mesmo tempo, um direito de gozo de vida digna e o dever estatal de atribuir prestações sociais imprescindíveis para o indivíduo usufruir dessa condição¹¹⁷.

Por outro lado, quando se dá ênfase às obrigações negativas dos Estados com o propósito de não interferir na livre e desimpedida capacidade de autorregulação da pessoa humana, estamos diante do direito ao desenvolvimento da personalidade. Atribui-se ao direito ao desenvolvimento da personalidade a faculdade conferida a todos de construir o projeto de vida pessoal.

Paulo Mota Pinto assevera que não existe um programa único e ideal para a realização da personalidade humana, de forma a ser possível detalhar os passos e etapas a serem seguidas por todos os indivíduos para se sentirem completos e com satisfação plena na vida¹¹⁸.

Dessa forma, o bem jurídico protegido pelo direito ao desenvolvimento da personalidade não seria a vida digna ou um patamar de evolução física, psíquica e espiritual a ser atingido por todos, e sim a autonomia concedida ao indivíduo para trilhar o caminho que julgar devido para realizar os seus desejos e propósitos pessoais. A racionalidade e a capacidade de realizar escolhas pessoais definem e individualizam o ser humano dos outros membros da espécie.

Dentro da faculdade de realizar escolhas, podem aflorar-se decisões mais acertadas ou não, as quais convergem para as aspirações e projetos de vida comuns da maioria da sociedade e decisões que se afastam (a depender da ótica do intérprete), porém todas as decisões estarão acobertadas pelo direito ao desenvolvimento da personalidade. O direito ao desenvolvimento da personalidade lança proteção ao livre arbítrio.

¹¹⁷ Sobre o tema, ver JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, pp. 195 e ss. e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Org. Maria João Antunes, Coimbra, 2014, pp. 1097-1124. Em razão da delimitação do objeto, não comportará no presente estudo maiores elucidações sobre o direito ao mínimo existencial.

¹¹⁸ PAULO MOTA PINTO, *O Direito*, *op. cit.*, p. 152.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, portanto, consagra a autodeterminação do indivíduo perante as escolhas de vida, por mais singulares e divergentes que sejam da escolha da maioria, pois o que está em causa é garantir ao indivíduo a autorregulação da sua própria vida¹¹⁹. A estrita ligação do direito ao desenvolvimento da personalidade com o princípio da dignidade humana faz concluir que a vida digna seria aquela em que o indivíduo não fosse tolhido injustificadamente em sua liberdade de escolhas pessoais.

No entanto, o direito ao desenvolvimento da personalidade atrai semelhantes críticas alusivas à dificuldade em se delimitar um conteúdo preciso para o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁰. Se em algum momento pareceu interessante aos juristas caracterizar a dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade como um conceito vago, indeterminado¹²¹, ou somente definível a partir do caso concreto, a estratégia adotada não aparenta trazer benefícios para a concretização dos direitos.

O fato de se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha um conteúdo aberto, dependente da evolução do pensamento e do contexto histórico, social e cultural de uma determinada época¹²², faz com que a dignidade esteja ligada a um juízo moral valorativo que pode mudar a depender do intérprete. De igual forma, o direito ao desenvolvimento da personalidade padece das mesmas considerações negativas acerca da

¹¹⁹ PAULO MOTA PINTO, *O Direito*, *op. cit.*, pp. 157-159, 162 e 190-191, esclarece que os trabalhos preparatórios da Revisão Constitucional de 1997 sinalizaram que a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade no texto constitucional português teve por propósito tutelar a «diferença da individualidade», no sentido de se conceder proteção à diversidade que emerge das escolhas pessoais de cada um. No entanto, o Autor considera que o direito em questão não deve ser reduzido a um direito à diferença, tal como ocorre no direito a não discriminação, pois o direito ao desenvolvimento da personalidade possui uma forte dimensão de liberdade, o que o leva a ser reconhecido como um direito geral de liberdade, mesmo localizado no texto constitucional ao lado de direitos pessoais. O autor também considera que do direito decorrem deveres estatais para a garantia do desenvolvimento pessoal. O Autor, entretanto, esclarece que a dimensão prestacional do direito ao desenvolvimento da personalidade não o aproxima de um direito social, e que o dever de prestação dirigido ao Estado é igualmente reconhecido para todos os direitos clássicos de liberdade. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, p. 354, também reconhece que, para além do direito de defesa, o direito ao desenvolvimento da personalidade também impõe deveres de proteção, e afirma que do direito em questão deduz-se a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado prestações públicas de saúde, de educação, de cultura e de informação, para garantia dos meios adequados ao desenvolvimento da própria personalidade.

¹²⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., 4ª tira., 2015, pp. 341-343.

¹²¹ HORST DREIER, *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Vol. I, 1996, p. 103, afirma que nos trabalhos preparatórios da Lei Fundamental alemã, no ano de 1948, defendeu-se a ausência de um conteúdo exato para a dignidade humana, sob o pretexto de aumentar o seu alcance.

¹²² Tribunal Constitucional Português, acórdão nº 105/1990, de 29.03.90, esclarece que o conceito de dignidade da pessoa humana não seria estático, imutável, mas algo que necessariamente deve relacionar-se com o contexto histórico-cultural.

opção do legislador constituinte de adotar uma cláusula impregnada de valor para a condição humana, porém destituída de uma clara definição constitucional¹²³.

No entanto, tal como se reconhece a dificuldade na delimitação de um conceito de vida digna que contemple todas as idiosincrasias humanas, também é uma tarefa hercúlea procurar afirmar quais seriam as categorias de desenvolvimento aceitável da personalidade humana protegido pelo direito; o aprimoramento da humanidade ou a autorrealização individual dependerão das convicções pessoais e da história de vida de cada um.

Em que pese a existência de teorias que tentam restringir a incidência do direito ao desenvolvimento da personalidade para aquelas situações de maior relevância jurídica ou mais próximas dos elementos que definem a personalidade, Paulo Mota Pinto considera imperioso admitir que o direito fundamental em questão lança proteção a qualquer atividade humana, sem necessidade de justificar a sua importância para a realização ou a constituição da identidade da pessoa, esteja ela inserida na esfera particular e íntima do indivíduo ou não¹²⁴.

A ausência de consensos acerca do conteúdo, no entanto, não impede reconhecer que o direito ao desenvolvimento da personalidade possui dupla tutela direcionada à proteção geral da personalidade¹²⁵ (nomeadamente sobre todos os aspectos da vida

¹²³ Conforme já visto, a ausência de um conteúdo fixo para o princípio da dignidade da pessoa humana permite o seu uso ambíguo ou inflacionário, e por vezes a invocação da dignidade humana ao lado de um determinado direito fundamental tem por escopo tornar esse mesmo direito insuscetível de ponderação ou restrição, fazendo-o invencível frente a qualquer situação de colisão de direitos fundamentais. O uso ambíguo do princípio da dignidade da pessoa humana é claramente verificado quando em determinados assuntos, como a eutanásia, o suicídio assistido ou o uso do véu pelas mulheres islâmicas, é utilizado pelas duas posições opostas para justificar argumentos conflitantes. No tocante ao direito geral de personalidade, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito, op. cit.*, pp. 152 e ss., salienta que a imprecisão de conteúdo e limites do bem geral da personalidade humana prejudica o mecanismo de tutela conferido pelo direito, no entanto, considera que a definição da personalidade humana não pode fugir da obrigatória necessidade de abertura para alcançar realidades dinâmicas e históricas de crescente evolução da vida humana, visto que a personalidade humana não poderá ficar presa a estereótipos. Paulo Mota Pinto demonstra preocupação com a ausência de delimitação do conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade, já que o exercício do direito em questão por uma pessoa pode implicar em interferência indevida na autonomia e na conformação da personalidade de outra pessoa. O Autor também faz considerações críticas à dependência do conceito do direito ao desenvolvimento da personalidade ser extraído apenas no caso concreto ou no sopesamento com outros direitos em conflito. PAULO MOTA PINTO, *O direito, op. cit.*, pp. 177 e 180. O fato do direito ao desenvolvimento da personalidade conter a dimensão do direito geral de liberdade, também permite o seu uso inflacionado para reforço do conteúdo de outros direitos fundamentais. No entanto, consideramos que os direitos específicos de liberdade, nomeadamente a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e etc., não demandam incremento do direito ao desenvolvimento da personalidade para imprimir proteção ao bem jurídico que visam resguardar.

¹²⁴ PAULO MOTA PINTO, *O direito, op. cit.*, pp. 170-171 e 201-203.

¹²⁵ É comum considerar que a autonomização do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade representa o reconhecimento, no plano constitucional, dos direitos de personalidade, via de

humana que importem para a identificação e a delimitação da individualidade, tipificados ou não pelas leis civis) e à liberdade geral de ação humana¹²⁶.

A liberdade geral de ação implica que, *prima facie*, a toda a gente é permitido fazer ou deixar de fazer o que bem entender, ao tempo em que o Estado deve se abster de intervir nas escolhas pessoais. Além de proteger a ação humana contra medidas estatais e assegurar a liberdade de comportamento, o direito geral de liberdade salvaguarda as posições jurídicas dos titulares do direito em questão, que não poderão sofrer alteração injustificada em razão das escolhas pessoais¹²⁷.

O bem jurídico resguardado pela dimensão da liberdade geral de ação é, pois, a atividade humana em geral¹²⁸, e não liberdades pontuais conferidas pelo direito à liberdade de expressão, direito à liberdade religiosa, direito à liberdade de pensamento, direito à liberdade de imprensa etc.

Robert Alexy entende que o princípio da liberdade geral de ação corresponde à liberdade negativa em sentido estrito, de modo que tudo que não for obrigatório ou proibido é permitido fazer ou deixar de fazê-lo. O Autor sustenta também que a liberdade assegurada à pessoa é uma liberdade exterior, na medida em que se garante a inexistência de coerção sobre a tomada de decisão¹²⁹.

É na dimensão atinente à presunção a favor da liberdade de atuação¹³⁰ do direito ao desenvolvimento da personalidade, que confere proteção à autonomia privada, que se busca fundamentar o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida.

regra contemplados em Códigos Civis. Neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, A Constituição e os direitos de personalidade, in *Estudos sobre a Constituição*, 2º Vol., Coord. Jorge Miranda, Lisboa, 1978, p. 93. Para uma crítica dessa relação entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade, in *Estudos de direito da bioética*, Vol. III, Coord. José de Oliveira Ascensão, Coimbra, 2009, pp. 51-75. Em data anterior, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, A reserva da intimidade da vida privada e familiar, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, nº 1, 2002, p. 10, afirmou que os direitos de personalidade têm precedência em relação aos direitos fundamentais, em que pese reconhecer a existência de muitas zonas de interseção entre as duas categorias de direitos.

¹²⁶ PAULO MOTA PINTO, O Direito, *op. cit.*, p. 163.

¹²⁷ Este é o entendimento defendido pelo Tribunal Constitucional alemão acerca do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no nº 2 do §1 da Lei Fundamental alemã. ROBERT ALEXY, *Teoria*, *op. cit.*, pp. 343-344 e 357.

¹²⁸ PAULO MOTA PINTO, O Direito, *op. cit.*, p. 201.

¹²⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria*, *op. cit.*, p. 351.

¹³⁰ Expressão utilizada por PAULO MOTA PINTO, O Direito, *op. cit.*, pp. 161, 164 e 188, para definir o que entende ser a característica marcante do direito ao desenvolvimento da personalidade.

A tutela conferida ao direito de agir livremente segundo sua própria convicção não comporta retaliações ao método de reprodução escolhido. A oferta das técnicas de procriação medicamente assistida pelas clínicas de saúde, bem como o regramento legal, mesmo que mínimo, que disciplina o acesso às tecnologias de reprodução, conferem ao indivíduo a possibilidade de a decisão sobre a reprodução recair sobre um método diverso da gravidez espontânea e natural.

O fato do ordenamento jurídico português não proibir a utilização das tecnologias reprodutivas nem impor a utilização obrigatória do método tradicional de gravidez concede à pessoa autonomia para decidir, dentre as alternativas juridicamente viáveis, sobre a própria reprodução.

As lições extraídas da doutrina alemã permitem concluir que além de o Estado estar proibido de intervir na escolha sobre a reprodução, posto que fruto da liberdade geral de ação conferida a toda pessoa, não poderá modificar o estatuto jurídico do indivíduo em razão da escolha reprodutiva. Desta feita, os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida têm garantido a posição jurídica de pai e mãe da criança concebida também como decorrência do direito ao desenvolvimento da personalidade. Reconhecer ao indivíduo a possibilidade de escolha, mas não assegurar a situação jurídica correlata significa o mesmo que impor obstáculos e embaraços à liberdade de escolha sobre os métodos de reprodução.

No entanto, o protecionismo exacerbado da autonomia pode reconduzir a um puro reforço do liberalismo, em contraposição aos ideais humanistas e ao dever de solidariedade com o outro. Autores como Luigi Ferri e Hans Kelsen preconizaram o intervencionismo Estatal, seja judicial ou através de lei, para impedir os abusos das liberdades dos particulares¹³¹.

O postulado da liberdade geral de ação contém em si a ressalva de que é possível fazer ou deixar de fazer tudo o que se quiser, desde que não existam razões suficientes para fundamentar uma contenção do exercício da autodeterminação, expressão máxima da cláusula de garantia do desenvolvimento da personalidade. Ademais, a capacidade de

¹³¹ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 163, 2004, pp. 120 e 122. Considerando também que essa concepção de autonomia é a força motriz do liberalismo, BEATE RÖSSLER, *Problems with autonomy*, *Hypatia*, Vol. 17, nº 4, 2002, p. 144, e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *As relações de associação: O direito sem direitos*, Coimbra, 2011, p. 82.

escolha e de ordenar a própria vida é uma reivindicação também do primado da dignidade humana, que reconhece a autonomia como um valor inerente à condição humana.

Assim, há de existir uma forte justificativa constitucional para que se possa restringir a pretensão básica de liberdade do indivíduo, sem comprometer o núcleo essencial da proteção conferida à autorregulação da própria vida. O propósito do presente estudo é encontrar, dentro do sistema constitucional português, dispositivo que fundamente a limitação do uso das técnicas de procriação medicamente assistida, mesmo que a aplicação das técnicas já tenha sido disponibilizada pela medicina da reprodução.

1.4 Direito à proteção da saúde

Pode-se pensar que o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida seja uma faceta do direito fundamental à proteção da saúde, previsto no artigo 64º da Constituição portuguesa.

O direito fundamental à proteção da saúde é reconhecido como um direito essencial para o exercício de outros direitos, como o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito a um ambiente sadio e, sobretudo, para a proteção da dignidade humana. É considerado um direito-dever, posto que concebe o direito do indivíduo a obter do Estado as prestações de cuidados de saúde de que necessita, ao tempo em que impõe o dever do seu titular de agir na defesa e promoção da sua própria saúde¹³².

Diversos instrumentos internacionais consagram o direito humano à proteção da saúde, como o artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o artigo 12º do Pacto Internacional dos direitos económicos, sociais e culturais; o artigo 11º da Carta Social Europeia; o artigo 3º da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face à aplicações da biologia e da medicina; os artigos 8º e 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como vários documentos emanados pela Organização Mundial da Saúde.

¹³² SÉRGIO DEODATO, *Direito da Saúde*, 2ª Ed., rev. e aum., Coimbra, 2018, p. 11.

Em especial, o comentário geral nº 14¹³³, do Comitê sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas, que delimita o alcance do direito de toda pessoa desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental, previsto no artigo 12º do Pacto, foi decisivo para a compreensão de que compete ao Estado garantir o acesso a bens, serviços e instalações de saúde que proporcionem atendimento de saúde adequado e a tempo oportuno, e não propriamente garantir a promoção da saúde do indivíduo¹³⁴.

Para além do acesso aos serviços de saúde, o Comitê elenca outros fatores determinantes para a proteção da saúde, como o acesso à água potável, condições sanitárias e habitação adequada, condições sadias de trabalho e meio ambiente, acesso à informação de saúde, inclusive de saúde sexual e reprodutiva¹³⁵.

De acordo com as contribuições do Comitê, o Estado não é responsável por afiançar a boa saúde do indivíduo, posto que escapa do controle estatal a determinação de fatores genéticos, bem como a adoção do estilo de vida pessoal, que em grande parte são os causadores das doenças e patologias.

Assim, de acordo com o comentário geral nº 14, o Estado possui a obrigação de caráter geral de não adotar medidas que retrocedam o direito de toda pessoa a desfrutar o mais alto nível possível de saúde física ou mental, de forma a avançar na concretização do direito; a obrigação específica de respeitar, proteger e realizar o direito à saúde, consistente em não limitar o acesso igualitário aos serviços de saúde e adotar regulamentos, políticas e programas que possibilitem o acesso a bens e serviços de saúde; a obrigação internacional, com referência à cooperação entre os governos, de garantir a todos a atenção primária à saúde, em especial nos países em desenvolvimento e, por fim, a obrigação essencial de assegurar alimentação adequada, habitação, condições sanitárias, água potável, medicamentos essenciais e adotar estratégia de saúde pública baseada nos seus indicadores epidemiológicos¹³⁶.

¹³³ Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, de 25.04.2000.

¹³⁴ JULIO FRENK / OCTÁVIO GÓMEZ-DANTÉS, *Population health and Human Rights, The new england journal of medicine*, Vol. 385, 2021, p. 866-867.

¹³⁵ Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁶ ALINE ALBUQUERQUE S. DE OLIVEIRA, *Direito à saúde: Conteúdo, essencialidade e monitoramento*, Revista CEJ, Brasília, ano XIV, nº 48, 2010, p. 97, pp. 92-100, ressalta que embora o comentário geral não negue o caráter social do direito à saúde, impõe aos Estados o dever imediato de realizar as obrigações essenciais, não lhe sendo aplicado, na espécie, o princípio da realização progressiva dos direitos sociais.

A conexão do direito a procriar com o direito à proteção da saúde é compreensível, sobretudo em razão da medicina e de outras ciências da saúde, no geral, ter atribuição de produzir conhecimento para a cura ou tratamento de doenças e serem responsáveis por desenvolver, conduzir e aplicar as tecnologias reprodutivas.

De fato, não há como negar que clínicas privadas de saúde, bem como o serviço nacional de saúde, inserem nas linhas de cuidados à saúde a oferta dos métodos de procriação medicamente assistida disponíveis. A inclusão das modalidades de reprodução assistida no serviço público de saúde incrementa os desafios de o Estado de equacionar o acesso às técnicas em um cenário que tradicionalmente possui limitação de recursos financeiros.

No entanto, tal como defendemos a autonomia dos direitos reprodutivos face ao direito à saúde, naturalmente consideramos que o fundamento do direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida não repousa ou deriva do direito à proteção da saúde.

Convém observar que embora o comentário geral nº 14, do Comitê das Nações Unidas, faça referência a obrigação dos Estados de reduzir a mortalidade infantil, com a adoção de medidas para melhorar a assistência à saúde materno-infantil e a oferta de serviços de saúde sexual, de planejamento familiar, de atendimento ao parto e ao pós parto e de serviços obstétricos de urgência¹³⁷, não se pode afirmar que as técnicas de procriação medicamente assistida estão inclusas nas linhas de cuidado à saúde indicadas.

No particular, para além da oferta das linhas de cuidado à saúde listadas acima e a menção à promoção da atenção primária à saúde, da imunização contra enfermidades infecciosas e do combate a epidemias, nenhuma outra especialidade médica ou agravo à saúde de reconhecido impacto econômico-social foi apontada como sendo dever dos Estados promovê-las.

O conjunto de intervenções médicas destinadas a garantir a segurança do parto historicamente envolvem os cuidados pré-natal, o que inclui a gestante, o neonato e o período puerperal, assim como os serviços de saúde sexual e de planejamento familiar, via de regra, são destinados a possibilitar ao indivíduo meios contraceptivos eficazes para evitar a gravidez. Afirmer que o comentário geral nº 14 pretendeu com o termo saúde

¹³⁷ Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, *op. cit.*, pp. 5-6.

sexual ou reprodutiva englobar as técnicas de PMA é deduzir que, à época, foi prevista uma prática médica antes mesmo do avanço e consolidação das tecnologias reprodutivas.

Assim como o Comitê, a doutrina nacional também reconhece que o direito fundamental à proteção da saúde¹³⁸ possui uma típica dimensão social, na medida em que confere ao titular o direito de exigir do Estado prestações positivas e impõe ao ente estatal a obrigação de organizar um serviço público para a promoção do bem-estar geral e da saúde¹³⁹.

A fonte constitucional do direito à proteção da saúde também especifica que, para além do direito a prestações dos cuidados de saúde, o referido direito impõe ao titular o dever de defesa e promoção da própria saúde¹⁴⁰. Esse dever pode ser entendido como uma obrigação do indivíduo de maximizar sua condição de saúde com a adoção de estilo de vida, prática de exercício e alimentação saudável, com o intuito de reduzir a necessidade de intervenções médicas.

O princípio número dois elencando na nova Lei da Bases da Saúde¹⁴¹ dispõe que o direito à proteção da saúde é de responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado e, em seguida, na alínea f) do número 1 da base 2 é afirmado que as pessoas são livres para decidir, a todo momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos.

¹³⁸ JOÃO CARLOS LOUREIRO, Direito à (protecção da) saúde, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Lisboa, 2006, p. 666, considera que o direito à saúde abrange outras realidades protegidas por direitos autónomos, como a vida, a integridade física, a privacidade, a educação, a informação, a habitação, a alimentação e o trabalho. No entanto, logo adiante ressalta que mesmo assim a saúde apresenta-se como um bem jurídico independente.

¹³⁹ CLÁUDIA SOFIA OLIVEIRA DIAS MONGE, *O direito à proteção da saúde e o conteúdo da prestação de cuidados médicos*, Lisboa, 2014, p. 191.

¹⁴⁰ SÉRGIO DEODATO, *Direito da Saúde, op.cit.*, pp. 11-12. O Autor questiona a existência do dever de defesa e promoção da saúde de terceiros, ou seja, se o titular do direito à saúde é responsável por não causar danos ou incrementar a saúde de outros. Em que pese existir regulamentos e leis que tratam de contenção de doentes para impedir a transmissão de doenças para outras pessoas (como exemplo cite-se o Decreto Regulamentar n.º 3/95, de 27 de janeiro, que estabelece a lista de doenças que afastam funcionários, alunos e professores da frequência escolar), o Autor entende não existir densificação legal suficiente para projetar o dever de defesa da saúde para além do próprio titular. Manifestando-se sumariamente contra o Decreto Regulamentar n.º 3/95, MANUEL SALGADO, *O decreto-regulamentar sobre evicção de doentes dos estabelecimentos de educação, por virtude das doenças infectocontagiosas: É imperioso a sua derrogação*, Saúde infantil, Vol. 36, n.º 2, 2014, pp. 109-112. Ao que nos parece, o entendimento dos Autores sofreu forte impacto com a grave crise sanitária internacional deflagrada pela pandemia da Covid-19, que impôs a adoção de medidas a todos, a exemplo do uso obrigatório de máscara, distanciamento social e vacinação, para a redução da taxa de transmissão comunitária.

¹⁴¹ Portugal, Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro.

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde¹⁴² define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”¹⁴³, o que afasta, assim, a clássica oposição entre saúde e doença. Para a OMS, saúde significa o mais elevado padrão de qualidade de vida, independente da manifestação de moléstia¹⁴⁴.

Em que pese o texto constitucional português não ter densificado o conceito de saúde, para que o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida tenha fundamento no direito à proteção da saúde, entendemos salutar averiguar se a utilização das tecnologias reprodutivas tem relação com ausência de saúde e bem-estar geral ou manifestação de doença.

A Organização Mundial da Saúde, o Comitê de Prática da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM)¹⁴⁵ e a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE)¹⁴⁶, todas organizações internacionais que assumiram o protagonismo no campo da reprodução assistida, desde o início trataram a infertilidade como uma doença.

Para a OMS, o estado de infertilidade é definido como uma doença do sistema reprodutivo que acarreta falha na gravidez após um ano de relações sexuais regulares sem a utilização de métodos de proteção¹⁴⁷. A delimitação temporal de um ano para o diagnóstico de infertilidade, em um passado não distante, foi considerada de dois anos pela OMS ou até maior para outras sociedades médicas¹⁴⁸.

¹⁴² A Organização Mundial da Saúde, agência especializada das Nações Unidas estabelecida nos termos do artigo 57º da Carta das Nações Unidas, tem o propósito de garantir o mais elevado padrão de saúde para todos os seres humanos. A OMS teve a sua constituição aprovada em 1946 durante a Conferência Internacional da Saúde realizada em Nova York e entrou em vigor em 7 abril de 1948. Dados colhidos em <https://www.who.int/about/history/en/>.

¹⁴³ Organização Mundial da Saúde, *Constitution of the World Health Organization*, de 22 de julho de 1946.

¹⁴⁴ JOÃO CARLOS LOUREIRO, Direito, *op. cit.* pp. 660-661, considera que a definição dada pela OMS aproxima a saúde do conceito de felicidade, o que torna o bem saúde algo utópico e inatingível. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito, op. cit.*, p. 20, consideram que a OMS, ao associar ao conceito de saúde o estado de completo bem-estar, atribuiu um elemento subjetivo que dificulta a compreensão do bem jurídico objeto de proteção.

¹⁴⁵ ASRM, sigla para *American Society for reproductive medicine*.

¹⁴⁶ ESHRE, sigla para *European Society of Human Reproduction and Embryology*.

¹⁴⁷ Organização Mundial da Saúde, *Meeting to Develop a Global Consensus on Preconception Care to Reduce Maternal and Childhood Mortality and Morbidity*, Genebra, 2012, p. 46.

¹⁴⁸ ARTHUR L. GREIL / JULIA MCQUILLAN, “Trying” times: Medicalization, intent, and ambiguity in the definition of infertility, *Medical Anthropology Quarterly*, New Series, Vol. 24, nº 2, 2010, p. 138, nota de rodapé.

Atualmente, a OMS reconhece a existência de múltiplas definições para a infertilidade e considera que o conceito da patologia não deve estar vinculado ao uso de técnicas de procriação medicamente assistida para o tratamento da infertilidade¹⁴⁹. Isto demonstra que a OMS, a par de continuar a reconhecer a infertilidade como uma doença, não considera que seja imperioso o uso de técnicas de PMA para o restabelecimento do estado de saúde do indivíduo diagnosticado como infértil.

Com efeito, definir o conceito de infertilidade associado à necessidade do assim diagnosticado utilizar as técnicas de procriação medicamente assistida menospreza os cuidados com a saúde que devem ser conduzidos pelo próprio interessado na fase de pré-concepção para evitar o insucesso da gravidez (melhoria da alimentação, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis¹⁵⁰, combate ao aborto inseguro, combate a obesidade, controle do tabaco e bebidas alcoólicas, dentre outros fatores que cientificamente obstam a fertilidade)¹⁵¹. Fazer referência no significado da infertilidade o uso das tecnologias reprodutivas cria o efeito subliminar de que somente com o acesso às técnicas indicadas se pode afastar a infertilidade e atenua o senso de responsabilidade ou o dever de prevenção da infertilidade¹⁵².

Em um documento denominado Resumo das Recomendações da Reunião de Especialistas Técnicos em Infertilidade¹⁵³, a OMS assevera que é imperioso assegurar o acesso à informação correta, com o esclarecimento dos fatores que afetam a fertilidade, como a obesidade, o tabaco, entre outros, bem como combater a disseminação de informações inverídicas, que apoiam a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida que podem levar à infertilidade duradoura ou superveniente.

¹⁴⁹ Conforme declarado pela OMS em <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/multiple-definitions/en/>.

¹⁵⁰ OSATO F. GIWA-OSAGIE, ART in developing countries with particular reference to sub-Saharan Africa, in *Current practices and controversies in assisted reproduction report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO headquarters*, Coord. Effy Vayena e et. al., Genebra, 2002, p. 22, informa que a principal causa de infertilidade na África Subsariana é a infecção por gonorreia e por clamídia, que são consideradas doenças sexualmente transmissíveis.

¹⁵¹ A OMS entende que medidas básicas devem ser adotadas durante a fase de pré-concepção ou pré-gravidez com vistas a garantir a saúde materna e da criança. Tais medidas, conforme reconhecido pela OMS, contribuem para reduzir a taxa de infertilidade. Organização Mundial da Saúde, *Meeting to develop a global consensus on preconception care to reduce maternal and childhood mortality and morbidity: meeting report 2012*, Genebra, 2013.

¹⁵² O dever de promoção da própria saúde integra o conceito do direito fundamental à proteção da saúde.

¹⁵³ Organização Mundial da Saúde, *Summary of recommendations from meeting of technical experts in infertility*, disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/recommendations_technical_experts.pdf.

Em outro documento, nomeado Encontro para Desenvolver um Consenso Global sobre Cuidados Pré-concepção para Reduzir a Mortalidade e a Morbidade Materna e Infantil¹⁵⁴, a OMS refere que a forte recomendação por parte de sociedades médicas da utilização de tecnologias reprodutivas para o tratamento da infertilidade cria empecilhos ao correto manejo da causa da infertilidade e acentua a crença de que a infertilidade só pode ser combatida com o uso de tecnologia de ponta e elevados recursos financeiros.

A leitura dos dois documentos citados atesta que a OMS reconhece a existência de outros interesses envolvidos na divulgação de informações que relacionam a infertilidade com as técnicas de PMA.

Por curioso, a OMS não participou da revisão do Glossário Internacional sobre Infertilidade e Fertilidade do ano de 2017, em que pese ter participado da revisão anterior ocorrida no ano de 2009 e da elaboração do documento original no ano de 2001¹⁵⁵. Como será visto logo adiante, a revisão do Glossário Internacional de 2017 inclui pela primeira vez no conceito de infertilidade considerações acerca do início das intervenções médicas para o tratamento da doença. Esta modificação parece contradizer o entendimento da OMS, de que não se deve condicionar o significado da infertilidade com a indispensabilidade do uso de tecnologias reprodutivas, e talvez seja o motivo da retirada da Organização das reuniões e da elaboração final do texto.

A OMS iniciou, no ano de 2012, a revisão das Diretrizes Globais para Diagnóstico, Manejo e Intervenções para Tratamento da Infertilidade (1992) e do Manual para a Investigação e Diagnóstico do Casal Infértil (1993), ainda sem conclusão¹⁵⁶. Não será surpresa a OMS, em um futuro próximo, deixar de considerar a infertilidade como uma doença.

No ano de 2013, o Comitê de Prática da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva inovou ainda mais ao considerar que a infertilidade é uma doença caracterizada pela incapacidade de se obter uma gravidez após doze meses de intercurso sexual desprotegido ou de tratamento de inseminação com o uso de doador¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Organização Mundial da Saúde, *Meeting, op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁵ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology 2009, *Fertility and Sterility*, Vol. 92, nº 5, 2009, pp. 1520-1524.

¹⁵⁶ Informação disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/guidelines_dvlpt/en/.

¹⁵⁷ AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss: A committee opinion*, *Fertility and Sterility*, Vol. 99, nº 1, 2013, p. 63.

O Comitê Americano, ao incorporar a possibilidade de a gravidez ser obtida através da inseminação com o uso de doador, afasta a necessidade da fertilidade somente ser deduzida através da gestação originada por ato sexual. Ou seja, é possível extrair da novel definição da ASRM que a gestação iniciada por meio de inseminação com material genético de doador, se dentro do prazo de um ano, afasta possível diagnóstico de infertilidade. Para além disso, o Comitê, ao sinalizar a utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida, quando trata do conceito de infertilidade, encampa o seu uso e diminui a resistência no emprego da tecnologia reprodutiva.

Por outro lado, nota-se que o conceito de infertilidade criado pelo Comitê Americano não exclui, à partida, nenhum indivíduo, e toda gente pode ser um paciente em potencial para a utilização das tecnologias reprodutivas¹⁵⁸.

No mesmo documento *Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss: A committee opinion*, de 2013, o Comitê Americano declara que doença é o desvio ou a interrupção da função normal de qualquer órgão ou sistema do corpo e que pode ter causa conhecida ou não¹⁵⁹. A afirmativa aparenta ter o propósito de justificar a infertilidade como uma doença, mesmo que os médicos não sejam capazes de identificar a causa da patologia.

A Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE), por sua vez, não possui um documento oficial que expresse o conceito para a infertilidade. No entanto, da leitura das diretrizes elaboradas pela ESHRE, ou dos documentos internacionais que subscreve, é possível concluir que a entidade médica reconhece a infertilidade como uma doença psicossocial rotineira¹⁶⁰.

No ano de 1999, a 52ª Assembleia Mundial de Saúde 2001 solicitou à Organização Mundial de Saúde a análise ética e jurídica do atual desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida¹⁶¹.

Como resposta, a Organização Mundial de Saúde promoveu no ano de 2001 uma reunião com o tema ‘Aspectos médicos, éticos e sociais sobre Reprodução Assistida’ e solicitou ao Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias de Reprodução

¹⁵⁸ ARTHUR L. GREIL / JULIA MCQUILLAN, "Trying", *op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁹ AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Definitions*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁰ JACKY BOIVIN / HERIBERT KENTENICH, *Guidelines for counselling in infertility*, ESHRE Special Interest Group on Psychology and Counselling, 2002.

¹⁶¹ EFFY VAYENA *et al*, *Current*, *op. cit.*, 2002, prefácio.

Assistida (ICMART), uma organização internacional sem fins lucrativos, a elaboração de um glossário contendo a definição de terminologias sobre procriação medicamente assistida para ser consultado pelos participantes do evento¹⁶². Após o encontro, o relatório e o glossário foram publicados no ano de 2002 pela Organização Mundial de Saúde¹⁶³.

O ICMART cumpre o papel de coletar dados e monitorar os resultados dos ciclos de reprodução assistida realizados em cada Estado, com a divulgação de relatórios anuais contendo informações fidedignas sobre a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida em todo o mundo¹⁶⁴.

Recentemente, no ano de 2017, o ICMART, protagonizou, junto à OMS, a elaboração do primeiro Glossário sobre Infertilidade, desta vez em parceria com a Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM), a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) e outras entidades ligadas à reprodução assistida. Com o intuito de garantir a segurança das comunicações e das práticas médicas, adotadas pelos diversos atores e entidades que atuam na área da medicina da reprodução em todo o mundo, revisaram o último glossário internacional datado de 2009 e aprovaram duzentas e oitenta e três terminologias, de alegada base científica¹⁶⁵.

A título de comparação, o primeiro Glossário Internacional sobre Infertilidade e Fertilidade, datado de 2002, catalogou cinquenta e três terminologias e o Glossário de 2009 indexou oitenta e sete terminologias.

A necessidade de um Glossário Internacional sobre a infertilidade, bem como as sucessivas atualizações e o aumento progressivo de verbetes, sob o pretexto de unificar o entendimento dos profissionais da área da saúde da reprodução, parece mais demonstrar a ausência de consenso nos Estados acerca da definição da infertilidade e suas nuances¹⁶⁶.

¹⁶² FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD *et al.*, *The ICMART glossary on ART terminology*, *Human Reproduction*, Vol. 21, nº 8, 2006, p. 1968.

¹⁶³ EFFY VAYENA *et al.*, *Current*, *op. cit.*, 2002.

¹⁶⁴ Sobre o Comitê, ver <http://www.icmartivf.org/>.

¹⁶⁵ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD *et al.*, *The international glossary on infertility and fertility care, 2017, Fertility and Sterility*, Vol. 108, nº 3, 2017, pp. 393-406.

¹⁶⁶ SUMANA GURUNATH *et al.*, *Defining infertility: A systematic review of prevalence studies*, *Human Reproduction Update*, V. 17, nº 5, 2011, pp. 575-588, catalogaram vinte e oito definições existentes na literatura médica para a infertilidade, o que demonstra a ambiguidade do termo. Ao final, os Autores sugerem que a definição médica para a infertilidade seja baseada no lapso de tempo despendido com tentativas de engravidar associado a idade feminina.

Sobre a natureza jurídica do glossário, em que pese não seja considerado um documento com força vinculante para os Estados, tampouco para a doutrina tradicional um instrumento decorrente do *Soft Law*¹⁶⁷, foi encampado, ao menos na sua primeira versão, pela Organização Mundial de Saúde, por ter sido desenvolvido e utilizado em uma reunião oficial da OMS e permanece sendo atualizado com frequência por entidades ligadas ao Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias de Reprodução Assistida. Assim, embora indiscutivelmente não se trate de instrumento de vinculação obrigatória no ambiente doméstico, as definições sobre infertilidade, contidas no glossário internacional, têm aptidão para direcionar o estabelecimento ou, no mínimo, a interpretação de regras dos Estados no tocante à procriação medicamente assistida.

De qualquer modo, a Organização Mundial de Saúde esclarece, no documento intitulado *Current practices and controversies in assisted reproduction: Report of a meeting on medical, ethical and social aspects of assisted reproduction, held at WHO Headquarters*¹⁶⁸, que o primeiro Glossário Internacional não discorre sobre definições adotadas pela OMS, e sim descreve os termos acordados entre os participantes da reunião ocorrida em 2001 e que servem para padronizar a linguagem sobre temas ligados à procriação medicamente assistida na seara internacional. No entanto, definições estabelecidas em contexto internacional, sob o manto da OMS, sem dúvidas exercem forte influência sobre a regulamentação pelos Estados de normas afetas à procriação medicamente assistida.

Na última edição do glossário, de 2017, em que pese ter sido reconhecido nas considerações iniciais que nem sempre a ausência de gravidez corresponde a uma doença, partiu-se para definir a infertilidade como sendo “uma doença caracterizada pela incapacidade de se estabelecer uma gravidez após doze meses de relações sexuais desprotegidas ou devido à incapacidade de reprodução com o seu parceiro”¹⁶⁹. A inclusão

¹⁶⁷ Nada obstante a doutrina tradicional não enquadrar o Glossário Internacional sobre Infertilidade na categoria de *Soft Law*, dado que elaborado sem a participação dos Estados e sem qualquer imposição de obrigações, a definição adotada por ANDREW T. GUZMAN / TIMOTHY L. MEYER, *International Soft Law, Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, nº 1, 2010, p.174, permite considerar o referido documento internacional como tal, por conter definições que, de alguma forma, podem moldar o comportamento dos Estados. Para os Autores, *Soft Law* engloba os instrumentos não obrigatórios que apoiam a compreensão de regras legais ou que criam a expectativa de restringir a atuação futura do Estado. Neste sentido, o Glossário Internacional, por expressar o padrão internacional na utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, pode direcionar a atuação dos Estados na regulamentação do tema na esfera doméstica e, portanto, ser reconhecido como um efetivo exemplo de *Soft Law*.

¹⁶⁸ EFFY VAYENA *et al*, *Current, op. cit.*, 2002, prefácio.

¹⁶⁹ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international, op. cit.*, p. 401.

da última parte pretende reconhecer aos casais homossexuais de homens ou de mulheres, bem como ao indivíduo isolado, a possibilidade de receber um diagnóstico de infertilidade involuntária com vistas a justificar o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Apesar de em Portugal, atualmente, o diagnóstico de infertilidade não ser requisito para o acesso às tecnologias reprodutivas, ao menos para as mulheres solteiras e o casal de mulheres, a previsão contida em um documento internacional reconhecendo a infertilidade por ausência no casal do gameta oposto pode vir a fomentar novos debates, já que a lei portuguesa não reconhece como beneficiário das técnicas de reprodução assistida todos aqueles que tenham comprometida a capacidade de procriar, situação verificada nos casais homossexuais de homens e no homem solteiro¹⁷⁰.

A delimitação contida no glossário, bem como na maioria dos documentos que fazem referência ao conceito de infertilidade, pertinente ao prazo de um ano para as tentativas de gravidez, também causa o efeito de sugestionar que após tal prazo, as chances de uma gestação ocorrer são inexistentes sem a necessária conjugação das técnicas de procriação medicamente assistida.

Ainda é importante ressaltar que o último glossário internacional de 2017 fez constar no mesmo verbete da infertilidade a afirmativa de que as técnicas de PMA podem ser iniciadas mesmo antes de decorrido o prazo de um ano, se as condições particulares de saúde justificarem, o que fomenta o uso das tecnologias reprodutivas antes da conclusão do diagnóstico de infertilidade.

Como já visto, a OMS se posiciona contrária à definição da infertilidade conjugada com a indicação do uso de qualquer técnica médica. Mesmo que o glossário não tenha imposto a necessidade da utilização das técnicas de procriação após o diagnóstico de infertilidade, não há como negar a força da vinculação do diagnóstico de infertilidade com a estipulação de prazos para o início da aplicação dos métodos de procriação medicamente assistida.

É sintomático observar que, na descrição da infertilidade aprovada no glossário de 2017, há menção em duas oportunidades da palavra doença e em mais outras duas

¹⁷⁰ Essa questão será aprofundada no capítulo segundo, no tópico beneficiários das técnicas de PMA.

ocasiões do termo incapacidade, o que enfatiza o interesse de não se dissociar, ao menos simbolicamente, a infertilidade do estado de doença.

Por outro lado, no primeiro glossário, originado em reunião promovida pela Organização Mundial de Saúde no ano de 2001, descreveu-se a infertilidade como sendo uma falha em conceber após pelo menos um ano de coito desprotegido¹⁷¹. Nenhuma referência à palavra doença ou ao início da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida foi feita à época.

O glossário de 2017 também descreve a infertilidade inexplicada como sendo a infertilidade presente no casal com função reprodutiva aparentemente normal¹⁷². As entidades que subscreveram o último glossário, portanto, reconhecem que a ausência de gestação, mesmo sem qualquer identificação da causa, justifica o diagnóstico de infertilidade. A infertilidade passa a significar a condição de ausência de filhos biológicos, após um ano de relações sexuais desprotegidas, mesmo que não tenha relação com questões de saúde, mas ao mesmo tempo sugere a possibilidade de uso de tecnologias reprodutivas antes do prazo de um ano para a conclusão do diagnóstico de infertilidade.

Como já relatado, possivelmente a distorção do conceito de infertilidade motivou a retirada da Organização Mundial de Saúde das reuniões e da assinatura do texto final do glossário internacional de 2017, embora tenha participado da edição anterior de 2009 e propiciado a criação do documento original no ano de 2001.

Todas essas nuances levaram a J. Dik F. Habbema *et al* considerarem que o conceito de infertilidade utilizado atualmente pela medicina da reprodução é confuso e contraditório e gera a falsa suposição de que a infertilidade e a esterilidade seriam sinônimos e invariavelmente consistem em uma doença¹⁷³.

Ocorre que a presença da infertilidade não ameaça a vida ou põe em risco a saúde de uma pessoa¹⁷⁴. Ter ou não ter uma barreira para desenvolver a gravidez pouco importa quando o indivíduo não inclui no seu projeto de vida pessoal a meta de gerar filhos. A

¹⁷¹ EFFY VAYENA *et al*, *Current*, *op. cit.*, 2002, Glossário.

¹⁷² FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD *et. al.*, *The international*, *op. cit.*, p. 406.

¹⁷³ J. DIK F. HABBEMA *et al*, *Towards less confusing terminology in reproductive medicine: A proposal*, *Human Reproduction*, Vol. 19, nº 7, 2004, p. 1498. Os Autores propõem que nos casos de investigação da fertilidade do casal, o relatório apenas deve conter a descrição da situação, o diagnóstico e o prognóstico, sem menção ao termo infertilidade, dado o seu uso ambíguo e contraditório.

¹⁷⁴ MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current challenges in assisted reproduction*, in *Current practices and controversies in assisted reproduction report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO headquarters*, Coord. Effy Vayena *et. al.*, Genebra, 2002, p. 5.

condição de ausência de gravidez após um ano de relações sexuais só convoca a atuação da medicina se o casal possui intuito de constituir prole biologicamente relacionada.

Ainda, a pessoa não nasce com o plano ou o dever de gerar filhos. O desejo de conceber filhos pode surgir a depender do desenvolvimento individual da personalidade e da experiência de vida de cada um¹⁷⁵. A simples circunstância de não ter filhos após um ano de relações sexuais desprotegidas não pode significar carimbo automático de infertilidade.

Assim, pessoas inférteis, segundo a classificação médica, mas que não desejam ter filhos, não necessitam se submeter a qualquer tratamento médico ou recorrer à medicalização. De igual modo, pessoas férteis, mas que não ambicionam gerar descendentes no seu curso regular de vida, não necessitam de qualquer cuidado de saúde. Já as pessoas inférteis que se submetem às técnicas de procriação medicamente assistida não deixarão de ser inférteis após a utilização das tecnologias reprodutivas.

Por isso é difícil aceitar a circunstância da ausência de filhos após o lapso de um ano de relações sexuais desprotegidas como uma doença e a consequente utilização das técnicas de procriação medicamente assistida como um tratamento de cura.

Aliás, se a presença da fertilidade fosse primordial para o desenvolvimento de toda pessoa, como explicar que, via de regra, os países desenvolvidos possuem baixa taxa de fecundidade¹⁷⁶, o que demonstra a existência massiva de casais sem filhos nesses territórios, e mesmo assim não possuem sistemas de saúde sobrecarregados? Como uma nação pode ser desenvolvida se a infertilidade ou a ausência de filhos, experimentada por grande parte da população, for equivalente a uma doença?

Fato é que a ciência médica não consegue apontar com precisão as causas da infertilidade¹⁷⁷. Inúmeros fatores podem ocorrer para impedir uma mulher levar adiante uma gravidez e apenas um terço das mulheres submetidas às técnicas de procriação medicamente assistida terão um parto ao final de nove meses de gestação¹⁷⁸. Na maioria

¹⁷⁵ JACKY BOIVIN / HERIBERT KENTENICH, *Guidelines, op. cit.*, p. 1.

¹⁷⁶ EUROSTAT, *Fertility indicators*, 2016.

¹⁷⁷ ALBERTO BARROS, Procriação medicamente assistida, in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro e et. al., Vol. IV, Coimbra, 2016, p. 108, descreve que de 5 a 10% dos casos é impossível diagnosticar a causa da infertilidade.

¹⁷⁸ ANJA PINBORG e et. al., *Prospective longitudinal cohort study on cumulative 5-year delivery and adoption rates among 1338 couples initiating infertility treatment*, *Human Reproduction*, V. 24, nº 4, 2009, p. 995. O estudo constatou que 69,4% das mulheres após cinco anos de exposição rotineira às técnicas de procriação medicamente assistida obtiveram um parto. A *contrario sensu*, é possível concluir que 31,6%

dos casos, é necessário mais de um ciclo reprodutivo realizado em laboratório para se obter uma gravidez e, mesmo assim, nem todas resultarão em um nascimento com vida.

Apesar do apelo das técnicas de procriação medicamente assistida para que todos tenham preservada a fertilidade futura, a circunstância de que toda pessoa fértil um dia se tornará infértil com o avançar da idade já denota que há algo de estranho na classificação médica da infertilidade.

É difícil aceitar a infertilidade como sinônimo de doença se a fertilidade na mulher e no homem tem data certa para terminar. Independente de uma doença, todos perderão a fertilidade com o avanço da idade. A fertilidade não acompanha toda a vida do indivíduo.

Mesmo no caso de casais compostos por homem e mulher férteis, a probabilidade de uma gravidez natural fica em torno de 25%¹⁷⁹, sendo a menor taxa do reino animal¹⁸⁰.

Não sendo uma doença e alcançando todas as pessoas em algum estágio da vida, restringir o uso das técnicas de procriação medicamente assistida somente àqueles com diagnóstico atual de infertilidade poderia resultar em uma discriminação injustificada.

Mesmo que a Organização Mundial de Saúde tenha atualizado o conceito de saúde para a inclusão do bem-estar físico, mental e social, ainda assim entendemos que a escolha pela procriação através das tecnologias reprodutivas não assenta o seu substrato jurídico no direito à proteção da saúde.

Não se nega o impacto emocional que pode resultar da infertilidade para aqueles que ambicionam e desejam intensamente conceber um filho. No entanto, estados mentais de angústia, de fracasso ou até depressivos podem decorrer a partir de qualquer vontade não realizada. O fato de não concretizar os desejos e intenções não pode, por si só, ser considerado uma doença, contudo reconhece-se que a frustração pode desencadear sintomas físicos e psíquicos a merecer cuidados de saúde.

das mulheres, ou seja, um terço das utilizadoras das tecnologias reprodutivas não conseguem obter um nascimento com vida.

¹⁷⁹ MICHAEL J. ZINAMAN *et. al*, *Estimates of human fertility and pregnancy loss*, *Fertility and Sterility*, Vol. 65, nº 3, 1996 pp. 503-509. A taxa de probabilidade de gravidez natural foi obtida com o acompanhamento de 200 casais, com a divulgação de informações acerca do ciclo menstrual, da data aproximada da ovulação e da sugestão do número de coitos durante o período fértil. A ausência de informações detalhadas pode conduzir a uma taxa de sucesso da gravidez em torno de 10%.

¹⁸⁰ Carlos Simon considera o processo natural de reprodução humana o mais ineficiente do mundo animal, em comparação com taxas de probabilidade de gravidez de outros mamíferos rondando em torno de 95%. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 237.

Desejar muito ter um filho e não conseguir concebê-lo reflete um problema da autonomia da vontade, já que a procriação não constitui uma função vital para a sobrevivência do indivíduo. É plenamente possível ter uma vida rica¹⁸¹ e significativa sem filhos¹⁸².

Por outro lado, fazer inserir a vontade de conceber filhos como parte integrante da definição médica de infertilidade, resultará na dificuldade em se delimitar quão forte seria a intensidade da intenção capaz de autorizar o diagnóstico de esterilidade¹⁸³. Ademais, não se pode presumir que todos aqueles que praticaram relações sexuais desprotegidas, durante um ano, têm a clara intenção de engravidar.

O direito à livre escolha sobre a decisão reprodutiva, muito mais do que uma questão de saúde, é um típico direito de liberdade, dado que cabe a cada um decidir a sua própria trajetória de vida, o que inclui, por óbvio, decisões acerca da reprodução. O direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida tem como fundamento a autonomia da vontade, ou seja, a vontade consciente de utilizar ferramentas tecnológicas para gerar uma vida.

O fato de a infertilidade depender da associação com a vontade de conceber descendentes biologicamente relacionados, para que tenha relevância e justifique a busca pelas tecnologias reprodutivas, demonstra que o fator infertilidade, desprovido de um forte desejo de ter filhos, não demanda qualquer intervenção médica. Assim, consideramos que é a intenção, e não uma suposta barreira biológica para conceber filhos, que é tutelada pelo direito.

Nada obstante as principais entidades ligadas à medicina da reprodução não abandonarem a tradicional classificação da infertilidade como doença, é um contrassenso perceber que homens e mulheres inférteis não necessitam de tratamento algum caso não queiram conceber descendentes. A procriação medicamente assistida, portanto, não pode ser considerada uma terapêutica ou cura para uma doença, se a ausência de filhos não implica em diminuição do bem-estar ou da saúde daqueles que não sentem qualquer desconforto em tal situação¹⁸⁴.

¹⁸¹ No sentido de abundante, gratificante.

¹⁸² JACKY BOIVIN / HERIBERT KENTENICH, *Guidelines*, p. 6.

¹⁸³ ARTHUR L. GREIL / JULIA MCQUILLAN, "Trying", *op. cit.*, p. 140.

¹⁸⁴ MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current*, *op. cit.*, p. 6, reconhece que a reprodução assistida não é um tratamento curativo.

O acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, portanto, é justificado pela obrigação de reconhecer a autorregulação e o império da autonomia da vontade para o planejamento da própria vida.

É enganoso sustentar que a procriação através das tecnologias reprodutivas visa a promoção do bem-estar físico e psíquico da pessoa humana, faceta incorporada no moderno conceito de saúde, já que o bem-estar, nesse caso, é usado como equivalente à capacidade inerente a toda pessoa de autorregular e conduzir a própria vida para a concretização das metas e escolhas pessoais.

Conceber descendentes, apesar de estar acobertado pelo direito a constituir família e pelo direito ao desenvolvimento da personalidade, não é essencial, seja para o reconhecimento do *status* de família, seja para alcançar a autorrealização pessoal.

Como visto, o desenvolvimento humano é um processo complexo que se desenrola durante toda a vida de uma pessoa, e não há padrões ou fórmulas rígidas para se alcançar a realização plena em vida. Gerar filhos pode ser um fator importante de autorrealização a depender da experiência pessoal, crenças e valores de cada um, porém não pode ser alçada à condição mínima para se atingir uma vida digna¹⁸⁵.

Digno é fazer as próprias escolhas de vida, o que inclui conceber filhos através das técnicas de procriação medicamente assistida ou recusar-se a utilizar tais tecnologias, o que difere de considerar o acesso às técnicas de reprodução como um fator de promoção da saúde.

O bem-estar e a autorrealização são asseguradas com a liberdade de escolha sobre a reprodução.

Assim, não consideramos que o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida tenha fundamento no direito à proteção da saúde, posto que as tecnologias de reprodução são utilizadas como ferramenta para a concretização da

¹⁸⁵ ARTHUR L. GREIL / JULIA MCQUILLAN, "*Trying*", *op. cit.*, pp. 140-141, 146 e 151, referem que normalmente o desejo de conceber filhos é considerado um traço comum da vontade humana, no entanto percebem que essa intenção muda a todo tempo de acordo com as realidades culturalmente construídas. Os Autores aduzem que para a teoria construtivista, a infertilidade seria uma categoria de identidade, algo que homens e mulheres reconhecem ou se auto rotulam como condição para reivindicar o tratamento. Ao final, concluem que não há um critério seguro para diferenciar o infértil do fértil, e a infertilidade seria então um fenômeno socialmente construído.

escolha reprodutiva e da capacidade de autodeterminação, e não para a preservação ou promoção da saúde¹⁸⁶.

1.5 Direito a filhos saudáveis

Indagamos se a reivindicação do direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida tem como justificativa assegurar que a criança concebida gozará de plena saúde, com escoreta constituição biológica e genética.

Por motivo de o ordenamento jurídico da Itália conter legislação deveras restritiva sobre a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, que destoa da maioria dos Estados europeus que possuem regulamentação sobre a matéria, a jurisprudência italiana se debruça sobre a possibilidade de afastar as restrições legais e autorizar o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida com fundamento no direito a conceber filhos saudáveis¹⁸⁷.

O desenvolvimento da tese do direito a conceber filhos saudáveis, na Itália, deve-se ao fato da lei italiana sobre reprodução assistida, ao contrário dos diplomas legais dos demais Estados europeus, proibir a utilização das tecnologias reprodutivas mesmo no caso de elevado risco da criança a ser concebida ser portadora de anomalia genética.

Dada a semelhança dos argumentos sobre o possível direito a conceber filhos saudáveis, na Itália, com uma suposta justificativa do direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida com ênfase na saúde da criança que ora pretendemos discutir, acrescido do fato de que a prematura tese do direito a conceber filhos saudáveis, de origem italiana, já foi alvo de questionamento perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, reputamos pertinente a escolha do ordenamento jurídico da Itália para fins de Direito Comparado, em detrimento de outros ordenamentos europeus, que não revelam o desenvolvimento de teses análogas.

¹⁸⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, Beneficiários da procriação assistida, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. atualizada, 2005, p. 42, afirma que se a liberdade reprodutiva decorresse do direito à saúde, seria um direito social a prestações, e não uma liberdade ou autonomia. VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito*, op. cit., p. 319, aduz que a dificuldade em se reconhecer a infertilidade como uma doença reflete na problemática de se deduzir o direito à reprodução do direito à saúde.

¹⁸⁷ CHIARA TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: Una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, 2014, n° 2, p. 67.

Para melhor contextualização do tema, cumpre fazermos breves apontamentos acerca da procriação medicamente assistida no Direito Italiano. A Itália, após decisão da Corte Constitucional, no ano de 1998,¹⁸⁸ que instou o legislador a estabelecer regras para a procriação medicamente assistida, aprovou a Lei nº 40/2004. A lei é considerada uma das mais restritivas em matéria de reprodução assistida da Europa¹⁸⁹.

Por outro lado, a lei italiana avança no sentido de reconhecer o embrião como detentor do mesmo estatuto jurídico conferido aos demais participantes da procriação medicamente assistida¹⁹⁰, o que não é comum nas legislações europeias sobre reprodução assistida.

Dentro do quadro de restrições impostas originariamente pela lei italiana e que foram objeto de modificação jurisprudencial, estavam a proibição de criopreservação, a proibição de formação de mais de três embriões *in vitro* por casal, a proibição em absoluto de utilização da técnica de Diagnóstico Genético de Pré-implantação¹⁹¹ e a obrigação de transferência única e simultânea dos embriões fertilizados em laboratório, sem possibilidade de armazenamento para utilização em ciclo reprodutivo posterior. Além dessas, outra regra proibitiva, que originariamente constava na lei italiana, nomeadamente a proibição de inseminação artificial heteróloga (doação de gameta de pessoa estranha ao casal), foi derrubada pela Corte Constitucional da Itália no ano de 2014¹⁹².

As regras proibitivas visaram claramente coibir a criação de embriões excedentários e, dentre os objetivos legítimos para o acesso à procriação medicamente assistida, a lei italiana só contemplou a superação da infertilidade ou da esterilidade dos casais em idade fértil.

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional da Itália, acórdão nº 347/98, de 26/09/1998.

¹⁸⁹ Neste sentido, CARLO CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: Una valutazione d'impatto normativo*, in *La procreazione medicalmente assistita: Ombre e luci*, Trento, 2005, p. 13. PAOLA SANFILIPPO, *Lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita, Diritto Penale Contemporaneo*, nº 3-4, 2014, pp- 377-379, considera que as inúmeras sanções penais presentes na lei da procriação assistida da Itália remete a um direito penal simbólico e que as excessivas restrições fomentam o turismo reprodutivo, no qual casais com recursos financeiros viajam para outros Estados que adotem políticas permissivas para a procriação medicamente assistida.

¹⁹⁰ Itália, Lei nº 40/2004, de 19 de fevereiro, artigo 7º. CARLO CASONATO, *Legge, op. cit.*, p. 20, considera que a lei italiana da procriação medicamente assistida, para além de reconhecer o mesmo estatuto jurídico ao embrião, estabelece que os direitos deste são hierarquicamente superiores aos dos demais beneficiários da procriação medicamente assistida, o que leva a tutela absoluta dos direitos do embrião.

¹⁹¹ O conceito de Diagnóstico Genético de Pré-implantação será desenvolvido no capítulo 2. Por ora, esclareça-se que consiste em uma técnica de procriação medicamente assistida em que o embrião *in vitro* é submetido a uma biopsia para análise do material genético antes da decisão de sua transferência para o útero materno, com vistas a identificar possíveis anomalias genéticas.

¹⁹² Tribunal Constitucional da Itália, acórdão nº 162/14, de 09/04/2014.

Destarte, a lei italiana só reconhece como beneficiário das técnicas de procriação medicamente assistida o casal com diagnóstico médico de infertilidade ou de esterilidade¹⁹³, e no intervalo de tempo em que que potencialmente teriam a capacidade de procriar, se não fosse o acometimento da enfermidade e exclui da finalidade de utilização das tecnologias reprodutivas o afastamento de anomalia genética.

Após análise pela Corte Constitucional em sede de controle de constitucionalidade, foram feitas alterações no regime jurídico da procriação medicamente assistida que afetam drasticamente o quadro cogitado pelo legislador infraconstitucional, entretanto não foi publicado novo diploma legal. A análise do quadro jurídico da procriação medicamente assistida, na Itália, portanto, exige conjugação da lei e das constantes viragens jurisprudenciais.

A proibição de formação de mais de um embrião *in vitro* por casal e a obrigatória transferência simultânea, sem possibilidade de criopreservação de embriões excedentes para posterior implantação uterina, foram consideradas pela Corte Constitucional italiana como uma indevida interferência na autonomia profissional médica, que pode refletir negativamente no direito à saúde da paciente gestante¹⁹⁴.

Isso porque compete ao profissional médico avaliar o momento adequado para a implantação dos embriões fecundados em laboratório, bem como a quantidade de ciclos reprodutivos necessários para o sucesso da gestação em cada caso. A obrigatoriedade de transferência única e conjunta de embriões, sem possibilidade de utilização posterior, acarretava na transferência do número de embriões superiores ao recomendado pela literatura médica, com alto risco de gestação múltipla, o que coloca em risco a saúde da gestante e das crianças. O estabelecimento pela lei italiana de uma única chance para a transferência dos embriões foi considerado pela Corte Constitucional como uma restrição à avaliação médica individualizada.

A limitação drástica de embriões fertilizados em laboratório, em numerário de três, e a obrigatoriedade de tratamento único com transferência simultânea de todos os embriões permitidos tolhe a capacidade de o profissional avaliar, de acordo com a individualidade e características pessoais do casal, da pertinência de mais de um ciclo reprodutivo ou da conjugação de outro tratamento mais adequado para obter o resultado

¹⁹³ Itália, Lei nº 40/2004, de 19 de fevereiro, artigo 4º.

¹⁹⁴ Tribunal Constitucional da Itália, acórdão nº 151/09, de 01/04/2009.

gravidez. Ao final, a Corte considerou que a fixação rígida do número de embriões e a proibição da criopreservação impede que o médico decida de acordo com a melhor prática disponível no momento, o que compromete a saúde da mulher. Nesse ponto, é possível observar que a Corte Constitucional italiana lança argumentos baseados no direito à saúde para contornar as restrições verificadas na lei nacional de procriação medicamente assistida.

Nada obstante, a gênese da teoria que busca afirmar a existência de um direito ao filho saudável destaca-se da análise da justificabilidade do Diagnóstico Genético de Pré-implantação (DGPI). De fato, a Corte Constitucional italiana considerou a proibição absoluta constante na Lei de PMA de uso do DGPI como inconstitucional, por impedir casais inférteis de obter informação adequada sobre a saúde do embrião, o que violaria o direito a ter filhos saudáveis¹⁹⁵.

Não há como negar que a jurisprudência constitucional italiana dispõe de melhores condições para o desenvolvimento de uma teoria do direito ao filho saudável em razão de a lei nacional reconhecer ao embrião o mesmo estatuto jurídico dos nascidos vivos, o que geralmente não ocorre em outros sistemas jurídicos europeus. Assim, no contexto jurídico italiano, é possível sustentar que também se encontra na esfera jurídica do embrião o direito de gozar do melhor padrão de saúde que se possa alcançar.

A Corte Constitucional, no entanto, manteve-se alinhada com a regra inserta na lei italiana, no sentido de só reconhecer como beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, e dentre elas o Diagnóstico Genético Pré-implantação, os casais inférteis, ou seja, aqueles que obtiveram comprovação médica de ausência da capacidade de conceber um nascimento com vida após decorrido um ano de relação sexual.

Destarte, em que pese já ter sido provocado a analisar a constitucionalidade da medida discriminatória, no sentido das técnicas de PMA e do DGPI só estarem acessíveis a casais inférteis, e não aos demais casais que não dispõem da mesma condição pessoal, o Tribunal Constitucional ainda não rompeu com a regra restritiva imposta pela lei da

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional da Itália, acórdão nº 151/09, de 01/04/2009, *op. cit.* A citada decisão do Tribunal Constitucional declarou a imposição de transferência única de embriões e as proibições de implantação de mais de três embrião *in vitro* e de criopreservação como inconstitucionais e tornou possível a utilização do DGPI pelos mesmos beneficiários da lei, que são os casais inférteis e estéreis, através de uma solução interpretativa do §2º do artigo 13º, sem, contudo, neste último tema, ter declarado a inconstitucionalidade de dispositivo legal. Anteriormente, o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 369/06, já havia sido instado a declarar a inconstitucionalidade da proibição de utilização do DGPI, no entanto decidiu não decidir, como refere a doutrina italiana. CHIARA TRIPODINA, *Il "diritto"*, *op. cit.*, p. 73.

procriação medicamente assistida. No entanto, alguns Tribunais na Itália autorizam, no caso concreto, o acesso à técnica de Diagnóstico Genético de Pré-implantação por casais férteis, com fundamento no princípio da não discriminação ¹⁹⁶.

Assim, a questão não é pacífica no Direito Italiano, pois, por mais que a evolução jurisprudencial tenha transposto a proibição absoluta de utilização do Diagnóstico Genético de Pré-implantação, ainda resta proibido o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e, por consequência, o acesso ao DGPI, por casais férteis portadores de doenças genéticas que também reivindicam o direito a conceber filhos saudáveis.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já foi instado a se pronunciar acerca da existência do direito a ter filhos saudáveis na Itália. No ano de 2013, o TEDH decidiu definitivamente queixa de um casal italiano portador de fibrose cística que, embora não tenha diagnóstico de infertilidade, alegou que a proibição de acesso à técnica de Diagnóstico Genético de Pré-implantação pelos casais férteis viola o direito ao respeito à vida privada e familiar (artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), na medida em que somente poderão conceber um filho não afetado por doença genética com a utilização da biópsia embrionária¹⁹⁷.

O casal alegou que já possui uma filha afetada pela doença e que a mulher já realizou dois abortos anteriores por motivo dos fetos terem sido diagnosticados no exame pré-natal com a fibrose cística. Em sua defesa, o governo italiano alegou que a regra constante em lei de limitar o acesso à técnica de DGPI aos casais férteis é justificada para impedir o risco de seleção embrionária equivalente a métodos de eugenia e negou a existência de um direito a filhos saudáveis¹⁹⁸.

O Tribunal de Estrasburgo entendeu que o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, o que inclui a utilização do DGPI, é assegurado pelo direito ao respeito à vida privada, por corresponder ao exercício do direito à autodeterminação e da livre decisão de tornar-se pai e mãe. E, ainda, que a decisão de afastar a possibilidade de

¹⁹⁶ Como exemplo, cite-se o Acórdão do Tribunal de Salerno, nº 12.474/09, de 13/01/2010. COSTANZA NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza*, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013, p. 2, refere que essa foi a primeira decisão que permitiu o acesso à técnica do DGPI por um casal fértil na Itália.

¹⁹⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Costa and Pavan v. Italy*, decisão final de 11/02/2013

¹⁹⁸ TEDH, *Costa and Pavan*, *op. cit.*, parágrafo 46.

o filho concebido ser portador da mesma doença genética dos progenitores resta protegido pelo mesmo direito à privacidade¹⁹⁹.

Embora não tenha afirmado de modo assertivo a existência de um direito ao filho saudável²⁰⁰, o TEDH considerou que o direito doméstico demonstra incoerência por impedir o casal fértil de utilizar o Diagnóstico Genético de Pré-implantação com vistas a afastar a implantação de embrião portador de doença congênita, porém faculta a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez se o feto apresentar a mesma patologia²⁰¹.

Observe-se, ainda, que o TEDH não reconhece como violação ao artigo 8º da CEDH o fato de a legislação italiana, isoladamente, proibir o uso do DGPI por casais férteis, mas sim a contradição presente na legislação doméstica de proibir o que considera uma interferência mais leve no embrião (biópsia) e permitir uma forte intervenção no feto (aborto) estando presentes as mesmas circunstâncias²⁰². É a incoerência do sistema jurídico adotado pela Itália que acarreta a violação da CEDH.

Por outro lado, o TEDH não considerou o argumento dos queixosos no sentido de que a proibição do acesso de casais férteis ao Diagnóstico Genético de Pré-implantação consistiria uma discriminação por conta de uma condição pessoal, pois a Corte entendeu, erroneamente, que o ordenamento italiano vedava o acesso de qualquer pessoa ao DGPI e, portanto, não haveria discriminação que afetava somente os casais férteis, pois todos os tipos de casais, férteis ou não, restavam incluídos na vedação legal.

¹⁹⁹ TEDH, *Costa and Pavan*, *op. cit.*, parágrafos 55 e 57.

²⁰⁰ ELENA MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: Quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 3, 2012, p. 4, aduz que os queixosos não reivindicaram o direito a um filho saudável, e sim o direito de não ter um filho afetado pela doença de que são portadores. De fato, concordamos que o TEDH, na decisão *Costa and Pavan v. Italy* pontuou que a decisão dos pais de não desejarem transmitir ao filho a fibrose cística é amparada pelo direito à privacidade, o que difere de afirmar a existência de um direito a filhos saudáveis.

²⁰¹ TEDH, *Costa and Pavan*, *op. cit.*, parágrafo 64.

²⁰² FILIPPO VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013, p. 8, discorda desta afirmação por entender que o TEDH não compreendeu a sistemática presente no ordenamento italiano acerca do aborto. Para o Autor, enquanto o DGPI tem propósitos eugênicos, de selecionar as melhores características do embrião, o aborto visa exclusivamente resguardar a saúde da gestante, não havendo hipótese de aborto livre ou por conveniência. O aborto só é possível em caso de diagnóstico de doença genética do feto se for comprovado que a malformação afeta a saúde física e mental da mãe. Desta forma, não haveria contradição na regulação distinta duas hipóteses, visto que possuem finalidades díspares. Neste sentido também, CHIARA TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. III, Turim, 2013, pp. 929-931.

Conforme visto, desde a decisão de 2009 do Tribunal Constitucional italiano, é reconhecido aos casais inférteis e estéreis a possibilidade de uso do Diagnóstico Genético de Pré-implantação. A interpretação da Corte Constitucional, no entanto, não incluiu os casais férteis. De certa forma, a opção do Tribunal Constitucional da Itália de, através de uma solução interpretativa, autorizar o uso do DGPI aos mesmos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, sem declaração de inconstitucionalidade ou redução de texto, levou o TEDH a equivocar-se quanto à permanência, no Direito Italiano, da vedação absoluta à biópsia embrionária para fins de rastreio de doenças genéticas.

De toda sorte, mesmo após a decisão do TEDH, mantém-se em aberto no Direito Italiano a possibilidade de um casal fértil utilizar as técnicas de procriação medicamente assistida e, conseqüentemente, o DGPI, a depender de uma decisão judicial favorável²⁰³.

É indubitável, no entanto, perceber que o acesso ao DGPI implica, conseqüentemente, a possibilidade de descarte de embriões *in vitro* que não alcançam os critérios mínimos definidos pelos casais (afastamentos de determinadas doenças) ou pela seleção médica.

Assim, caso o Direito Italiano, com a finalidade de transpor a proibição legal que impede casais férteis utilizarem as técnicas de procriação medicamente assistida, venha, algum dia, reconhecer em definitivo o direito a filhos saudáveis²⁰⁴, o desafio será delimitar quais as doenças que justificam a restrição do direito à vida do embrião, notadamente quando do descarte dos embriões inservíveis, já que ele, desde a concepção, é titular de direitos para o ordenamento italiano.

Pensamos que, no cenário italiano, se mostra mais adequado fundamentar o acesso dos casais férteis às técnicas de procriação medicamente assistida e ao DGPI a partir do direito a não discriminação entre casais férteis e inférteis.

Em Portugal, em que pese a Constituição não especificar o direito a filhos saudáveis, seria possível argumentar a existência deste direito como decorrente do direito

²⁰³ CHIARA TRIPODINA, *Il diritto*, *op. cit.*, p. 78, informa que o Tribunal de Roma já remeteu ao Tribunal Constitucional questão preliminar referente a constitucionalidade da proibição de acesso dos casais férteis às técnicas de procriação medicamente assistida em geral e DGPI, ainda sem decisão *erga omnes*.

²⁰⁴ Em sentido contrário, CHIARA TRIPODINA, *Esiste*, *op. cit.*, pp. 937-938, entende que o direito hipotético de uma criança não ser acometida da mesma doença dos progenitores não encontra guarida na Constituição italiana e nem na própria CEDH.

à proteção da saúde. No entanto, tal estratégia tem como inconveniente a dificuldade em se afirmar a existência do direito à saúde quando o detentor do bem jurídico (saúde), no caso, a criança, sequer foi concebida ou teve um nascimento com vida²⁰⁵.

Poder-se-ia, então, sustentar que o direito a conceber filhos saudáveis decorre do direito à proteção da saúde de titularidade dos pais, na medida em que exercer o poder parental, o que inclui a obrigação de sustento e educação de uma criança com malformação ou doença grave, ou que o nascimento indesejado de uma criança portadora de doença genética afeta a saúde física e mental dos pais.

Nesse sentido, indagamos se, para a concretização do direito fundamental a procriar, basta assegurar o direito de uma pessoa a conceber filhos ou é necessário garantir que os filhos sejam saudáveis? Os genitores possuem o direito a procriar filhos com garantia de saúde e expectativa de longevidade?

A questão a ser respondida é se o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida pode ser fundamentado em um direito ao afastamento de doenças, ou seja, um direito à proteção da saúde tanto da criança a ser concebida como dos potenciais progenitores.

O desafio, novamente, é definir como é possível garantir a saúde de uma criança e o que seria considerado ausência de saúde, se toda pessoa nasce com genes que indicam doenças e nem por isso é considerada anormal²⁰⁶. Passar pelo teste de qualidade dos genes não implica ter a saúde blindada a doenças graves ou atingir a expectativa de vida máxima do ser humano.

Ademais, do próprio direito à saúde não decorre a obrigação de o Estado garantir a boa saúde de todas as pessoas²⁰⁷, quiçá dos que ainda não nasceram, já que os componentes genéticos, as particularidades dos fatores patológicos e a adoção de estilo de vida serão responsáveis por moldar o estado de saúde dos indivíduos. O Estado compromete-se a garantir o acesso aos serviços de saúde e das condições necessárias para

²⁰⁵ Diferente do ordenamento italiano, o Direito Português não reconhece o embrião ou o ser não nascido vivo como titular de direitos e deveres.

²⁰⁶ JACQUES TESTART, *Homens prováveis: Da procriação aleatória à reprodução normativa*, Lisboa, 2000, p. 36.

²⁰⁷ Também neste sentido, Comentário Geral nº 14 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 25.04.2000, § 9º.

o indivíduo atingir o mais alto padrão de saúde, porém a saúde em si não é entregue pelo ente estatal.

A saúde como um superconceito (que engloba ausência de doenças e um estado de completo bem-estar físico e mental, tal como preconizado pela Organização Mundial de Saúde) não é atingida puramente com o uso das técnicas de procriação medicamente assistida.

Não há como reivindicar um direito a ser saudável ou a só ter filhos saudáveis se o estado de saúde depende de outros fatores, tais como pessoais, ambientais, bem como motivacionais para despontar.

O direito à proteção da saúde concede ao titular a possibilidade de exigir do Estado o dever de respeitar, proteger e promover a saúde, e não a obrigação de entregar ou assegurar a saúde dos destinatários do direito. Não é possível o Estado controlar todas as variáveis que concorrem para a saúde de uma pessoa, especialmente as derivadas do comportamento e da autonomia individual.

De toda sorte, o Direito Português incorpora ideias similares da doutrina do direito ao filho saudável italiano, ainda sem reconhecimento definitivo pelos Tribunais Italiano e Europeu, como um tema de responsabilidade civil, a justificar as ações de indenização baseadas em *wrongful birth* (nascimento indevido ou indesejado) e *wrongful life* (vida indevida ou indesejada)²⁰⁸, e não como um possível fundamento para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida. Ainda que nas duas ações de indenização citadas, a vida da criança é alçada à condição de dano, a merecer uma reparação, os argumentos que

²⁰⁸ *Wrongful birth* e *Wrongful life* não são sinônimos. Enquanto as ações de indenização baseadas em argumentos de *wrongful birth* são propostas pelos pais contra os médicos ou clínica de saúde que, por negligência ou falha, não identificaram corretamente e/ou não informaram sobre o estado de saúde da criança concebida, as ações baseadas em *wrongful life* são propostas pelos filhos, representados pelos pais, contra os médicos ou clínicas de saúde pelo mesmo motivo de falha do dever de informação sobre o estado de saúde embrionário ou pré-natal. PAULO MOTA PINTO, Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n° 7, Coimbra, 2007, pp. 5-6. LUÍS MANSO informa que há uma tendência no direito comparado, seguido por Portugal, de acolher as ações de *wrongful birth* e, por outro lado, rejeitar as ações de *wrongful life*, por motivo da ausência de suporte jurídico de um possível direito a não existência da criança. LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico pré-implantação: As acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil, in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro et. al., Vol. IV, Coimbra, 2016, pp. 130-133. Note-se que, em ambos os casos, a par da própria vida e do nascimento ser o dano invocado, o que se está em causa é a violação ao direito de livre escolha sobre a decisão reprodutiva, já que a ausência de diagnóstico correto da condição de saúde do feto impede os pais de exercerem a escolha pelo o aborto.

justificam a compensação pela má formação genética levam em consideração um possível direito de nascer apenas sob condições plenas de saúde.

Com efeito, julgamos a impossibilidade de o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida ser justificado em um direito a filhos saudáveis, se nem mesmo o uso combinado ou a última tecnologia reprodutiva desenvolvida consegue afastar as milhares de anomalias cromossômicas que o mais perfeito ser humano carrega.

Tendo como norte a linha de raciocínio desenvolvida no julgamento do TEDH, entendemos que o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida com o propósito de evitar uma determinada doença ou um conjunto de doenças delimitadas difere de um direito a ter filhos saudáveis.

O desejo de não ter filhos com a doença de que é portador, ou de outra doença grave, decorre da tentativa de conduzir a própria vida livre de sofrimentos e desgastes físicos e emocionais. Mais uma vez, constata-se que é a escolha sobre a reprodução, garantida pela autonomia da vontade, que está a ser protegida pelo direito a procriar através das técnicas de reprodução assistida. Reconhece-se a vontade (de não transmitir doenças genéticas para o filho) como um bem jurídico passível de proteção. De toda sorte, o afastamento de uma determinada doença com o uso de uma tecnologia reprodutiva não garantirá a saúde completa da criança.

Assim, admitir a legitimidade do acesso às tecnologias reprodutivas para afastar doenças específicas decorre do direito à livre decisão sobre a reprodução que, por sua vez, fundamenta-se no direito a procriar e no direito ao desenvolvimento da personalidade. Não há como fundamentar o manuseio das tecnologias reprodutivas para a promoção ou garantia da saúde do filho se tal condição não é exequível pelo estágio atual da técnica.

Tanto a técnica de Diagnóstico Pré-natal (análise genética do feto) como a de Diagnóstico Genético de Pré-implantação (análise genética do embrião *in vitro* antes de sua transferência para o útero materno), não são infalíveis. Por mais que o estágio atual das duas técnicas permita a análise e a identificação de inúmeras anomalias genéticas, não permitem afiançar o afastamento de todas as doenças existentes.

Até mesmo a mais simples doença pode passar despercebida da análise genética embrionária. As técnicas de procriação medicamente assistida não podem assegurar, por

si só, que as crianças concebidas gozem de um estado de completo bem-estar e estejam livres de toda forma de agravos à saúde²⁰⁹.

Assim, embora pareça uma distinção tênue ou irrelevante, reconhecer o direito de escolha de um filho sem determinada doença difere do hipotético direito a filhos saudáveis, ainda carente de fundamentos jurídico-legais, em Portugal. Enquanto o primeiro revela a proteção conferida aos pais de livre escolha reprodutiva, do desejo de afastarem uma determinada doença ou condição pré-existente específica que impacte negativamente a saúde, o direito a filhos saudáveis pressupõe afastamento de todo agravo à saúde ou a garantia de conceber filhos plenamente saudáveis²¹⁰.

O direito a filhos saudáveis, a despeito de desprovido de tutela jurídica, permanece inalcançável, mesmo com o uso das mais avançadas tecnologias reprodutivas.

1.6 Direito a obter os benefícios do progresso científico

Na impossibilidade de justificar-se o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida em um direito a filhos saudáveis, pode-se ao menos pensar que o acesso às tecnologias reprodutivas deve ser garantido para a concretização do direito a obter os benefícios do progresso científico e tecnológico.

Em que pese a Constituição portuguesa não fazer referência expressa ao direito de gozar dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações, o mesmo se encontra especificado no artigo 27º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹¹ e no nº 1,

²⁰⁹ A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 2005, reconheceu na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos que “a saúde não depende apenas dos progressos da investigação científica e tecnológica, mas também de fatores psicossociais e culturais”. Constata-se, assim, que a UNESCO assume que a utilização de tecnologias reprodutivas não assegura a saúde como um tudo.

²¹⁰ O Comentário Geral nº 14 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 25.04.2000, §8º, considera que nem mesmo o direito à saúde pode ser compreendido como um direito a ser saudável.

²¹¹ Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1948.

alínea b do artigo 15º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹², ambos documentos internacionais ratificados pelo Estado Português²¹³.

De acordo com a redação do artigo 8º da CRP, as normas constantes em documentos internacionais ratificados por Portugal ingressam na ordem interna e vinculam o Estado Português. Pode-se afirmar, então, que o direito de aproveitar os benefícios do progresso científico, em que pese não estar expresso no texto constitucional, é um direito fundamental implícito²¹⁴.

Para além de um direito fundamental reconhecido pela ordem jurídica portuguesa, o fato de a especificação do direito a obter os benefícios do progresso científico ter como fonte tratados provindos do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos atribui-lhe a conotação de um direito humano.

No entanto, é forçoso reconhecer que o direito a obter os benefícios do progresso científico não desperta significativa atenção no cenário dos direitos humanos e, comumente, apenas o aspecto referente à liberdade de criação cultural²¹⁵ ou o desenvolvimento da ciência e da pesquisa científica é ressaltado²¹⁶. Ocorre que o direito

²¹² Nações Unidas, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 16 de dezembro de 1966, e com início de vigência para Portugal em 31 de outubro de 1978.

²¹³ No sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico está previsto na alínea b, nº 1 do artigo 14º do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido por Protocolo de San Salvador, adotado pela Assembleia Geral em 17 de novembro de 1988, com entrada em vigor em 16 de novembro de 1999. De acordo com o relatório especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Farida Shaheed, 2012, p. 4, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não teve oportunidade de abordar o direito em questão.

²¹⁴ O relatório especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Farida Shaheed, 2012, p. 5., consta que apenas quatro Estados reconhecem explicitamente em seus textos constitucionais o direito a obter os benefícios do progresso científico e tecnológico, a saber: Armênia, Equador, Paraguai e República da Moldávia. O Relatório descreve que Portugal assegura expressamente na Constituição a proteção da liberdade científica, que é considerada uma das dimensões do direito a obter os benefícios do progresso científico.

²¹⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito*, op. cit., p. 326.

²¹⁶ Neste sentido, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005, na alínea d do artigo 2º, condensa na mesma afirmativa a necessidade da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia respeitarem a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais. No entanto, verifica-se que a Declaração se preocupa em enumerar diretrizes para o desenvolvimento da ciência e da pesquisa com vistas a coibir o seu uso indevido, nomeadamente com referências relativas ao consentimento informado, a preservação da autonomia na tomada de decisão, a divulgação das informações produzidas pelo conhecimento científico e a transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento, e nada dispõe para clarificar o sentido do direito do indivíduo de obter os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia.

de os indivíduos usufruírem das conquistas da ciência difere substancialmente do direito de o cientista conduzir livremente as pesquisas científicas²¹⁷.

O direito à livre pesquisa científica implica que o Estado não deve interferir nas escolhas e prioridades de investigação da ciência, tampouco impor metodologias para a pesquisa científica. Já o direito a usufruir do progresso científico assegura a participação igualitária no uso da ciência e da tecnologia para benefício próprio.

Ou seja, o direito a obter os benefícios do progresso da ciência requer que o Estado assegure a todos participarem das vantagens e melhorias resultantes do avanço da ciência e da tecnologia, o que não é alcançado com a garantia de liberdade científica.

Não se pode reduzir o direito a obter os benefícios do progresso científico a um mero direito à ciência. Diferente dos direitos sociais triviais, nomeadamente o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia etc., nos quais o Estado possui a obrigação de disponibilizar um bem ou um serviço, a ciência não é um bem que deve ser entregue pelo ente estatal²¹⁸.

Aqui, é possível constatar o prejuízo que importa a ausência de definição do termo ciência para fins de interpretação do direito em questão, pois, à partida, as ciências desenvolvem-se com o intuito de produzir conhecimento, e não com o objetivo único de beneficiamento da humanidade. O enriquecimento de urânio é um exemplo de conhecimento produzido pela ciência que pode ser benéfico para o desenvolvimento de tecnologias de saúde ou utilizado de forma nociva como matéria-prima para a construção de bombas atômicas. Isso demonstra, portanto, que são os benefícios oriundos da pesquisa, e não a ciência em si, que é o bem jurídico protegido pelo direito a obter os benefícios do progresso científico.

O reconhecimento da obrigação do Estado de promover e difundir a ciência, previsto no nº 2 do artigo 15º do PIDESC, não torna incompatível a assertiva inserta no parágrafo anterior. Não há como o Estado garantir que das pesquisas científicas decorrerão benefícios concretos a todos. Apoiar a produção do conhecimento científico,

²¹⁷ No entanto, é imperioso ressaltar que a Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, 2009, artigo 13º, considera que o direito de aproveitar os benefícios do progresso científico agrega ambas dimensões, nomeadamente o direito de conduzir livremente a ciência e o direito de desfrutar os avanços científicos, bem como a proteção contra o abuso e os efeitos adversos da ciência.

²¹⁸ YVONNE DONDEERS, *The right to enjoy the benefits of scientific progress: In search of state obligations in relation to health, Medicine, Health Care and Philosophy*, Vol. 14, nº 4, 2011, p. 379.

por si só, não assegura resultados benéficos para os indivíduos. Deve-se promover a ciência, mas são os benefícios ou os aspectos positivos do conhecimento científico que devem ser assegurados para todos.

O fato de ser um direito materialmente fundamental, aliado à falta de precisão dos documentos internacionais, que apenas traçam diretrizes gerais, dificulta a compreensão do conteúdo normativo, bem como das obrigações correspondentes, impostas ao Estado para a concretização do direito a obter os benefícios do progresso científico²¹⁹. É mais fácil apontar a natureza do direito a obter os benefícios do progresso científico como sendo um direito de quarta geração, proveniente das demandas oriundas do desenvolvimento tecnológico, do que traduzir o seu significado e extensão.

O Comitê de monitoramento do PIDESC, até o momento, não elaborou Comentário Geral a respeito do direito previsto no nº 1, alínea b do artigo 15º do Pacto²²⁰, apesar de possuir dois Comentários acerca dos outros direitos também previstos no artigo 15º: o direito a obter os benefícios da proteção moral e material da produção científica²²¹ e o direito a participar da vida cultural²²². Em que pese algumas tentativas de taxonomia, as palavras contidas no direito a participar dos frutos do progresso, tais como avanço, ciência, progresso e benefícios são utilizadas aleatoriamente em contextos diversos²²³.

Até mesmo as duas fontes internacionais do direito em questão utilizam palavras distintas para definir o direito a obter os benefícios do progresso científico: enquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 27º, faz referência ao verbo *to share*, que corresponde a dividir/participar/compartilhar os benefícios da ciência, o Pacto

²¹⁹ YVONNE DONDERS, *The right*, *op. cit.*, pp. 372 e 379. A Autora questiona quais as aplicações podem ser consideradas científicas, qual o sentido da palavra progresso e quem decide quais as medidas serão consideradas benéficas.

²²⁰ AMREI MÜLLER, *Remarks on the Venice Statement on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications (Article 15(1)(b)ICESCR)*, *Human Rights Law Review*, Vol.10, nº4, 2010, p. 766, observa que nenhum relatório do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou documento da Assembleia Geral da ONU ou do Conselho de Direitos Humanos menciona o direito a usufruir dos benefícios do progresso científico, em que pese a sua importância para a realização de outros direitos humanos, nomeadamente o direito a um padrão de vida adequado, o direito a alimentação e o direito à saúde.

²²¹ Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 17, de 12.01.2006.

²²² Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 21, de 21.12.2009.

²²³ Sheila McLean distingue o avanço do progresso. Enquanto o avanço significa expansão linear, o progresso inclui os benefícios oriundos do avanço. Ao final, o grupo de trabalho liderado pela Professora considerou que não houve concordância acerca da definição do progresso científico, e alguns apontaram que só a comunidade científica poderia defini-lo. UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Amsterdã, 2007, pp. 24-25.

Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 15º, utiliza o verbo *to enjoy*, que pode ser traduzido como desfrutar/obter/usufruir o avanço científico e os seus benefícios. A imprecisão semântica reforça a ausência de clareza do direito.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) promoveu três reuniões com especialistas nos anos de 2007 a 2009 com o objetivo de elucidar o conteúdo do direito a usufruir dos benefícios do progresso da ciência e tecnologia²²⁴.

Na primeira reunião ocorrida em junho de 2007, em Amsterdã, reconheceu-se que o direito a obter os benefícios do progresso científico possui um potencial não explorado e que para a sua realização é imperioso que o conteúdo seja “descompactado”²²⁵. Foi identificada a interdependência do direito a usufruir dos benefícios do progresso científico com o direito ao desenvolvimento, o direito à alimentação, o direito à saúde, o direito à educação e o direito de buscar, receber e transmitir informação adequada, no sentido de que a implementação do direito contribui favoravelmente para a realização desses outros direitos humanos.

No último encontro promovido pela UNESCO, em 2009, foi elaborada a Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, com o intuito de informar à comunidade internacional os consensos obtidos acerca do conteúdo normativo e impulsionar, conseqüentemente, a implementação do referido direito²²⁶.

A Declaração fixou como premissas que o direito a obter os benefícios do progresso científico está em constante tensão com os direitos de propriedade

²²⁴ As reuniões da UNESCO para esclarecer o conteúdo do direito a obter os benefícios do progresso científico ocorreram em junho de 2007 em Amsterdã, Holanda, em novembro de 2008 em Galway, Irlanda e em julho de 2009 em Veneza, Itália, e foram adotadas como estratégia para a promoção do direito humano.

²²⁵ UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Amsterdã, 2007, pp. 3-5.

²²⁶ O relatório da reunião de especialistas promovida pela UNESCO em Veneza, 2009, que culminou na elaboração da Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, concita o Comitê do PIDESC a elaborar um Comentário Geral acerca do direito a obter os benefícios do progresso científico. A provocação dirigida ao Comitê do PIDESC é repetida no artigo 22º da Declaração. Eibe Riedel, um dos palestrantes, considerou que a falta de clareza do direito a obter os benefícios do progresso científico deve-se a falta de prática do Comitê em monitorar a implementação do direito pelos Estados-Partes. Por sua vez, Audrey Chapman entende que a relutância em se reconhecer um conteúdo mínimo para o direito a obter os benefícios do progresso científico é por motivo de muitas obrigações relacionadas ao direito em questão estarem acima da capacidade dos Estados. Na Declaração, a UNESCO assume a liderança para a concretização do direito a usufruir dos benefícios do progresso da ciência na arena internacional. UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Veneza, 2009, pp. 6-8 e artigo 18º.

intelectual²²⁷, que o direito em questão é relevante para a realização de outros direitos humanos²²⁸, que os benefícios da ciência devem ser dirigidos a toda humanidade, sem discriminação, e que a realização do direito deve alinhar-se ao princípio da precaução²²⁹.

Diante das premissas levantadas, a Declaração aponta que o conteúdo normativo do direito a obter os benefícios do progresso científico possui três dimensões: o direito à liberdade científica, o direito de acesso não discriminatório aos benefícios do progresso científico e a proteção contra o abuso e os efeitos adversos da ciência e suas aplicações. No tocante à última dimensão, a Declaração considera que as avaliações de impacto são partes indissociáveis do desenvolvimento das pesquisas científicas²³⁰.

Com uma abordagem sutilmente diferente, o relatório do perito independente do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 2012²³¹, considerou que o conteúdo do direito a obter os benefícios do progresso da ciência inclui I- o acesso de todos, sem discriminação, aos benefícios da ciência e suas aplicações; II- oportunidades para que todos contribuam e a liberdade indispensável para a pesquisa científica; III- participação dos indivíduos na tomada de decisões e no direito à informação; e IV- um ambiente propício para promover a difusão da ciência e da tecnologia.

É possível constatar que o relatório especial do Conselho de Direitos Humanos, além de inverter a ordem das dimensões listadas na Declaração de Veneza, da UNESCO, deu mais ênfase ao direito de participar, acessar e usufruir do progresso científico, com o reconhecimento do direito de o indivíduo contribuir no processo decisório que orienta as linhas de pesquisa que deverão ser priorizadas pela ciência, em detrimento do direito à liberdade de produção científica.

²²⁷ No sentido de que o regime jurídico da propriedade intelectual pode obstar a difusão e a transferência de tecnologia que contribua na solução de problemas humanos críticos, nomeadamente a escassez de água e alimentos, o combate a doenças e as consequências advindas das alterações climáticas. A privatização do conhecimento através do instituto das patentes restringe o direito a obter os benefícios do progresso científico, pois comumente é utilizada para bloquear pesquisas ou torná-las inacessíveis, especialmente nos países em desenvolvimento.

²²⁸ AMREI MÜLLER, *Remarks, op. cit.*, p. 771, considera que, mais do que um direito humano interdependente e inter-relacionado, o direito a obter os benefícios do progresso científico atua como um princípio que se aplica a todos os outros direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

²²⁹ UNESCO, Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, artigo 12º.

²³⁰ UNESCO, Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, artigo 13º.

²³¹ Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Farida Shaheed, 2012, p. 9.

Embora intrinsecamente interligados, consideramos que a junção, em um só direito humano, do direito a usufruir dos benefícios da ciência e do direito a conduzir livremente a ciência, contribui para ofuscar o conteúdo principal do direito e, por conseguinte, atrasa a implementação do direito pelos Estados. Como já dito anteriormente, dar excessivo peso à liberdade científica não assegura, por si só, que todos usufruam dos benefícios da ciência.

No estudo ora proposto, compete, pois, analisar o conteúdo do direito a obter os benefícios do progresso científico e as suas implicações no contexto da reprodução assistida.

No domínio da medicina da reprodução, a primeira conexão que vem à mente quando se pensa no direito a obter os benefícios do progresso científico é com o direito à saúde. Não se pode negar a contribuição das pesquisas científicas para o incremento da expectativa de vida da população e para o combate às doenças, o que, no geral, melhora a qualidade de vida do ser humano.

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde²³² consta que os benefícios do conhecimento médico devem ser estendidos a todas as pessoas para o alcance do mais alto patamar de saúde. Nesse sentido, o direito de acesso à tecnologia médica disponível pode ser interpretado como uma garantia para atingir o melhor estado de saúde alcançável ou atingível.

No entanto, defendemos, no item 1.4 do presente capítulo, que o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida não encontra fundamento no direito à proteção da saúde. A ausência da capacidade de procriar não constitui uma patologia ou estado de ausência de saúde. O franco acesso às ferramentas tecnológicas de reprodução assistida tem por objetivo a concretização do desenvolvimento pessoal, que agrega a decisão sobre a reprodução. O uso das tecnologias reprodutivas para a procriação não assegura, por si só, o mais alto padrão de saúde, e sim a satisfação da vontade e propósitos pessoais.

Hans Haugen afirma que a palavra benefício, de acordo com os trabalhos preparatórios que culminaram na especificação do direito previsto na alínea b do artigo

²³² Organização Mundial da Saúde, *Constitution of the World Health Organization*, de 22 de julho de 1946.

15º do PIDESC, deve ser interpretada como os proveitos materiais que todas as pessoas podem desfrutar cotidianamente²³³.

De fato, a tecnologia disponível na reprodução assistida constitui um *plus* em relação ao método tradicional de procriação, já que permite gerar filhos biologicamente relacionados a progenitores que sejam incapazes de procriar naturalmente e ainda traz a possibilidade de acessar a informação adequada sobre a saúde do embrião *in vitro* antes do início da gravidez propriamente dita. As duas situações – possibilitar filhos biológicos às pessoas impedidas e o conhecimento prévio sobre a condição de saúde do embrião fertilizado em laboratório, sem dúvidas, constituem vantagens propiciadas pelo uso das tecnologias reprodutivas.

Assim, do direito de toda pessoa se beneficiar dos progressos científicos decorre o direito a procriar por meio de técnicas de procriação medicamente assistida que independe de questões de saúde ou de gênero. O direito de acesso às tecnologias reprodutivas justifica-se pela partilha equitativa dos benefícios da ciência entre todos.

Para a participação igualitária de todos os indivíduos no avanço da ciência, na perspectiva dos direitos humanos, é importante que o Estado assegure o acesso e a divulgação da informação resultante de evidências científicas. Vedar o acesso à informação produzida pela pesquisa científica pode representar estagnação ou exclusão do direito humano de desfrutar os benefícios do progresso científico.

Ocorre que é patente que, com o domínio do setor privado na área de pesquisa relacionada a procriação medicamente assistida, resta comprometida a capacidade de o Estado identificar linhas prioritárias de pesquisa ou mesmo disseminar o conhecimento obtido pela ciência²³⁴.

O fato de o direito a obter os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia estar previsto no PIDESC atrai, incontinenti, o regime jurídico dos direitos econômicos, sociais e culturais, previsto no artigo 2º do Pacto, que convoca os princípios da não discriminação, da realização progressiva condicionada à disponibilidade de recursos

²³³ HANS MORTEN HAUGEN, *Human Rights and technology: A conflictual relationship? Assessing private research and the right to adequate food*, *Journal of Human Rights*, Vol. 7, nº 3, 2008, p. 232.

²³⁴ Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Farida Shaheed, 2012, p. 19.

financeiros²³⁵ e da cooperação internacional²³⁶. No tocante à não discriminação, consideramos que não subjaz justificativa constitucional para impedir que grupos específicos (por exemplo, mulheres solteiras, homens solteiros, casais homossexuais) usufruam do progresso da ciência em matéria de reprodução assistida.

A Lei da Procriação Medicamente Assistida portuguesa reconhece, além dos casais heterossexuais, as mulheres solteiras e os casais homossexuais de mulheres como beneficiárias das técnicas de PMA²³⁷, porém não autoriza que homens solteiros ou casais de homens tenham acesso aos procedimentos.

Ocorre que constitui uma medida retrógrada o Estado não autorizar o indivíduo acessar os serviços que impliquem no uso das tecnologias reprodutivas a seu favor, somente pelo fato de pertencer ao gênero masculino ou estar em um relacionamento com um parceiro do mesmo sexo. Não permitir que homens solteiros ou casais homossexuais masculinos utilizem as técnicas de procriação medicamente assistida, à partida, viola o direito humano a obter os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia que é reconhecido, sem distinção, a homens e mulheres.

Por regra geral, todos têm o direito a usufruir dos benefícios decorrentes do progresso científico e das suas aplicações práticas. Dessa forma, o direito a obter os benefícios do progresso da ciência impõe ao Estado a obrigação positiva de assegurar, seja por meio de legislação ou através de medidas administrativas, que não haverá discriminação ou vedação no acesso às técnicas de procriação medicamente assistida. Uma possível limitação do direito de desfrutar os benefícios das tecnologias reprodutivas

²³⁵ Por conta do princípio da realização progressiva, YVONNE DONDERS, *The right, op. cit.*, p. 380, afirma que dificilmente o direito humano a obter os benefícios do progresso científico será levado em consideração por um Juiz. Todavia, a Autora aduz que isso não autoriza os Estados a recusarem a sua implementação. No entanto, a Corte Constitucional da Venezuela, acórdão *López, Glenda y otros V. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, de 06.04.2001, decisão disponível em <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/lopez-glenda-y-otros-c-instituto-venezolano-seguros-sociales-ivss-s-accion-amparo>, ao analisar o pedido de um grupo de portadores do vírus de imunodeficiência humana (VIH/SIDA) coberto pelo Instituto Venezolano de Seguridade Social (IVSS), que solicitou fosse assegurado o fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários para o combate da doença, considerou que a negativa do órgão de seguridade social em conceder a cobertura à doença por motivo de não dispor da tecnologia necessária viola o direito à saúde e o direito à obter os benefícios do progresso científico e tecnológico. Ao final, foi determinado que o IVSS realize e dê cobertura a todos os exame e tratamentos necessários e a extensão dos efeitos da decisão a todas as pessoas soropositivas que se encontrem inscritas no IVSS. No decorrer da sentença, constou que em que pese o direito a obter os benefícios do progresso científico e tecnológico não estivesse expresso no texto Constitucional de 1961, o direito é reconhecido no artigo 15º do PIDESC.

²³⁶ YVONNE DONDERS, *The right, op. cit.*, p. 375.

²³⁷ Lei Nº 32/06, nº 1 do artigo 6º.

só poderia ocorrer se não intervisse demasiadamente nos direitos reprodutivos dos indivíduos e fosse justificado constitucionalmente para a realização de outro direito fundamental.

No estágio atual da técnica, é certo que a concretização do direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida só é possível a homens solteiros e casais homossexuais masculinos com o recurso à técnica de gestação de substituição que, por ora, encontra-se sem disciplina legal no ordenamento jurídico português após a decisão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018²³⁸. Ademais, a técnica de gestação de substituição envolve questões éticas e jurídicas que ainda não foram de todo solucionadas, como por exemplo a supressão do direito à biparentalidade (paternidade e maternidade) da criança a ser concebida.

O fato de, no estado da arte, não ter sido descoberta uma tecnologia reprodutiva que contemple homens solteiros e casais homossexuais de homens a contento é diverso de, *ab initio*, não permitir o acesso de tais grupos às técnicas de procriação medicamente assistida. As técnicas de procriação medicamente assistida devem ser consideradas como um produto do progresso da ciência que auxilia na concretização do direito a procriar; não é justificável subtrair o grande grupo masculino que não está inserido em um relacionamento heterossexual dos benefícios disponibilizados pela ciência.

Assim, caso venha a surgir outra tecnologia reprodutiva que possibilite a realização do direito a procriar dos homens solteiros e dos casais homossexuais masculinos, ou mesmo a técnica de gestação de substituição ganhe novo regramento jurídico, ambas as hipóteses compatíveis com os direitos fundamentais contrapostos, julgamos que é imperioso garantir o acesso aos benefícios proporcionados pela ciência de forma não discriminatória. A questão será tratada com mais pormenor quando da análise da Lei da Procriação Medicamente Assistida no capítulo 2.

De toda sorte, o direito a obter os benefícios do progresso científico não significa descuidar da prevenção de danos causados pela aplicação da ciência. É sabido que muitos avanços tecnológicos acarretam impactos negativos de grande proporção na vida, saúde e meio ambiente. A ciência não está engajada a só obter resultados que beneficiem os

²³⁸ Tribunal Constitucional Português, acórdão n.º 225/18, de 24.04.2018, que, dentre outras medidas, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos presentes na Lei da Procriação Medicamente Assistida no tocante à gestação de substituição.

indivíduos. Pelo fato de não se tratar de um direito absoluto, o Estado deverá adotar medidas que restrinjam o direito a obter os benefícios do progresso da ciência sempre que o uso da tecnologia incrementar o risco ou efetivamente causar danos à integridade das presentes e futuras gerações.

Os efeitos colaterais associados ao desenvolvimento científico e tecnológico não são uma preocupação recente do presente século. Em 1975, foi proclamada pelas Nações Unidas a Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e para o Benefício da Humanidade, que concita os Estados a assegurar que os resultados do avanço da ciência sejam utilizados para o fortalecimento da paz, da segurança internacional e para a satisfação das necessidades dos indivíduos. A declaração também estabelece como obrigação dos Estados impedir que a aplicação da ciência interfira no gozo dos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos²³⁹.

A preocupação em adotar medidas para conter a estratégia bélica dos Estados não propiciou que fosse feita na Declaração referência à engenharia genética ou às tecnologias de reprodução assistida como potenciais causadoras de efeitos nefastos. No entanto, no documento é feita menção expressa à necessidade de se neutralizar as consequências prejudiciais, atuais e futuras, resultantes do progresso científico.

As tecnologias de reprodução assistida se destinam a um mercado em franca expansão, composto por pessoas que adquirem os seus produtos por questões médicas (impossibilidade de gestação natural), por questões biológicas (declínio da fertilidade com o avanço da idade), por questões comportamentais (adiamento da prole por conta do trabalho), por questões de gênero (para possibilitar que casais de pessoas de mesmo sexo tenham filhos biologicamente relacionados) ou, até mesmo, por questões pessoais ou de saúde (para afastar risco de anomalia genética ou permitir a escolha da constituição genética da criança).

A Organização Mundial de Saúde estimou que um em cada quatro casais em países em desenvolvimento e um em cada dez casais em países desenvolvidos são incapazes de conceber filhos pelo método tradicional, tendo a estimativa permanecido

²³⁹ Nações Unidas, Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e para o Benefício da Humanidade, de 10 de novembro de 1975, artigos 1º ao 3º.

sem significativa alteração por 20 anos²⁴⁰. Como em todos os casos de oferta menor que a procura, a demanda potencialmente grande por procedimentos de procriação medicamente assistida desperta, indubitavelmente, a atenção de empresários do setor.

Assim, o desenvolvimento das tecnologias de procriação medicamente assistida tem íntima relação com o capital privado²⁴¹. A reprodução assistida atrai financiamento privado por render lucros aos empresários. Cobram-se valores altos para a utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida e nem todos os procedimentos estão contemplados no serviço público de saúde²⁴². É indubitável que o lucro e as forças do mercado possuem papel prioritário na condução das pesquisas científicas sobre procriação assistida e relega a segundo plano as necessidades prementes da população.

Se é a lógica de mercado que conduz as pesquisas científicas com o objetivo de disseminar novos produtos para a procriação assistida, o apelo econômico subjacente a tais procedimentos médicos/de consumo não deve ser desconsiderado pelo legislador.

Em um conhecido estudo desenvolvido por Peter Neumann, Soheyla Gharib e Milton Weinstein, restou estimado que os custos totais associados a um tratamento de fertilização *in vitro* variam em torno de sessenta e sete mil dólares no primeiro ciclo a cento e quatorze mil dólares no sexto ciclo²⁴³.

Em outro estudo mais recente e com metodologia diversa do anterior, no qual apurou-se o custo-benefício da fertilização *in vitro*, tendo como paradigma a estratégia de não se oferecer a técnica por um determinado tempo e o benefício estimado com o nascimento com vida, restou apurado o custo financeiro de 85.000 dólares para três ciclos

²⁴⁰ Organização Mundial da Saúde, *Annual technical report 2015: department of reproductive health and research, including UNDP/UNFPA/WHO/World Bank Special Programme of Research Training in Human Reproduction (HRP)*, 2016, p. 153.

²⁴¹ Além do financiamento das pesquisas referentes ao desenvolvimento de tecnologias reprodutivas provir de empresas privadas, IOANNIS E. MESSINIS *et al.*, *The current situation of infertility services provision in Europe, European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, Vol. 207, 2016, pp. 201-202, afirmam que a maioria dos centros de infertilidade da Europa são privados e que os serviços de saúde que contemplam as técnicas de procriação medicamente assistida não recebem financiamento de acordo com o PIB do Estado.

²⁴² Em um estudo comparativo do custo efetivo para a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida em países desenvolvidos, afirmou-se que o acesso a um ciclo de fertilização *in vitro* regular variou de 12.513 dólares nos Estados Unidos para \$ 3.956 no Japão. No entanto, o custo total por nascidos vivos através de outras técnicas de PMA nos Estados Unidos e no Reino Unido foram de 41.132 e 40.364 dólares, respectivamente. GEORGINA M. CHAMBERS *et al.*, *The economic impact of assisted reproductive technology: a review of selected developed countries, Fertility and Sterility*, Vol. 91, nº 6, 2009, p. 2281.

²⁴³ PETER NEUMANN *et al.*, *The cost of a successful delivery with in vitro fertilization, New England Journal of Medicine*, Vol. 331, nº 4, 1994, pp. 239-243.

de fertilização *in vitro* realizados imediatamente à queixa de infertilidade do casal, o custo de 68.000 dólares para três ciclos de fertilização *in vitro* realizados após vinte um anos e meio da queixa de infertilidade do casal e o custo de 69.000 dólares para quatro ciclos de fertilização *in vitro*, realizados após dois anos e quatro meses da queixa de infertilidade do casal²⁴⁴. O estudo demonstrou, portanto, que a utilização imediata da fertilização *in vitro* após a constatação de ausência de filhos é mais onerosa para o casal do que somente utilizá-la após esgotadas as tentativas de tratamentos médicos diversos da PMA.

John Collins refere que o alto custo das técnicas de procriação medicamente assistida aliada à pressão de maximização dos resultados contribui para ocasionar efeitos adversos²⁴⁵, como é o caso da gravidez gemelar de risco e a da ocorrência da síndrome de hiperestimulação ovariana.

Nem todas as possibilidades oferecidas pelas tecnologias reprodutivas são aconselháveis ou convém serem aplicadas aos casais. Algumas técnicas de procriação medicamente assistida consideradas de baixo custo, como é o caso da fertilização *in vitro*, porém associadas a taxas de sucesso mais baixas em comparação à outras técnicas em voga, são negligenciadas ou somente recomendadas quando atreladas a outras modalidades de tecnologias reprodutivas que assegurem maior probabilidade de êxito.

O fato de os seguros de assistência à saúde e o serviço público de saúde não arcarem com os custos das técnicas de procriação medicamente assistida, sendo estes assumidos, regra geral, pelo particular, também contribui para que a lógica de mercado exerça influência contínua na oferta de tratamentos ou alternativas para a ausência de filhos. A quase inexistente cobertura de serviços de procriação medicamente assistida na rede pública e os altos custos envolvidos na utilização das tecnologias reprodutivas resultam na criação de produtos e serviços relacionados à infertilidade dirigidos a um público com alto poder aquisitivo²⁴⁶.

²⁴⁴ BEN W.J. MOL *et al.*, *Cost-effectiveness of in vitro fertilization and embryo transfer*, *Fertility and Sterility*, Vol. 73, nº 4, 2000, pp. 750 e 753. De acordo com o referido estudo, dentre outros aspectos relacionados, aguardar o período de quase três anos ou mais para se submeter às técnicas de fertilização *in vitro* reduz os custos financeiros, ao passo que a submissão imediata à fertilização *in vitro* é muito mais onerosa para os casais.

²⁴⁵ JOHN A. COLLINS, *Reproductive technology: The price of progress*, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 331, nº 4, 1994, pp. 270-271.

²⁴⁶ MAURA A. RYAN, *Ethics and economics of assisted reproduction: The cost of longing*, Georgetown, 2003, p. 23.

Maura Ryan adverte que os valores cobrados pelo uso das técnicas de procriação medicamente assistida não são proporcionais ao custo efetivo da execução do procedimento²⁴⁷. Mesmo com o longo tempo de utilização e do domínio das técnicas de procriação medicamente assistida, os custos transferidos para o particular não diminuem, ao revés, tendem a aumentar com o passar dos anos.

A mesma autora aduz ainda que, em uma sociedade liberal, especialmente como a dos Estados Unidos, a ausência de dinheiro público no financiamento da procriação medicamente assistida conduz à falsa compreensão de que, por meio do pagamento ou contrato entre o particular e o médico, é possível a utilização, de forma tola ou irresponsável, de todo potencial propiciado pelas tecnologias reprodutivas²⁴⁸.

De acordo com o documento intitulado Federação Internacional das Sociedades de Fertilidade (IFFS) 2019: Tendências Globais em Políticas e Práticas Reprodutivas, dos 195 Estados reconhecidos pelas Nações Unidas, 132 possuem em seus territórios clínicas ou estabelecimentos de saúde que aplicam técnicas de procriação medicamente assistida²⁴⁹. Conforme os dados compilados, no ano de 2018 foram identificados 6.201 centros de saúde que oferecem serviços de tecnologias reprodutivas no mundo, enquanto no ano de 2016 foram catalogados 5.353. O estudo afirma que o modelo dominante de oferta de serviços de PMA realiza-se através de clínicas particulares, em contraposição aos centros públicos de saúde, e que uma minoria de Estados oferece cobertura de seguro para a PMA²⁵⁰.

Para além disso, diversos estudos demonstram que para consumir as tecnologias reprodutivas, é necessário um alto nível de renda por parte dos interessados²⁵¹,

²⁴⁷ MAURA A. RYAN, *Ethics, op. cit.*, p. 27.

²⁴⁸ MAURA A. RYAN, *Ethics, op. cit.*, p. 24.

²⁴⁹ *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice*, 8ª edição, 2019, pp. 02 e 08.

²⁵⁰ *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019, op. cit.*, pp. 08 e 27. Na tabela nº 2 do capítulo 3º consta que o Brasil não possui qualquer cobertura ou reembolso para a PMA, que Portugal possui cobertura ou reembolso parcial pelo serviço nacional de saúde e que a Alemanha, em um sistema híbrido que combina o serviço público de saúde e o seguro particular, possui cobertura ou reembolso integral da PMA. E. Y. ADASHI *et al*, *Public perception on infertility and its treatment: An international survey, Human Reproduction*, Vol. 15, nº 2, 2000, p. 334, também afirma que há uma tendência de os Estados negarem reembolso das despesas com PMA.

²⁵¹ J. FARLEY ORDOVENSKY STANIEC / NATALIE J. WEBB, *Utilization of infertility services: How much does money matter?*, *Health services research*, Vol. 42, nº 3, 2007, pp. 981 e 985, enfatizam que mulheres de baixa renda com dificuldade de engravidar tem apenas 65% de probabilidade de buscar aconselhamento médico para o tratamento da infertilidade e concluem que a renda constitui uma barreira econômica ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, uma vez que nem sempre quem necessita da PMA para procriar fará uso das tecnologias reprodutivas.

constituindo a ausência de renda ou possibilidade de reembolso das despesas médicas um obstáculo ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Sem dúvida, a diminuta oferta de técnicas de procriação medicamente assistida em centros públicos de saúde e a limitação de reembolso das despesas²⁵² resulta no baixo ou, mesmo, na ausência de financiamento público para pesquisas na área da medicina reprodutiva. Além do desenvolvimento das tecnologias reprodutivas depender exclusivamente de capital privado, são replicadas em clínicas privadas de saúde que irão empregar as técnicas seguindo a lógica de mercado²⁵³, tendo como destinatários finais homens e mulheres detentores de renda. Tudo leva a crer que o mundo das tecnologias reprodutivas não é acessível para quem quer, mas para quem pode pagar.

Em um estudo de coorte²⁵⁴ realizado nos Estado Unidos, em que se analisaram sete mil, quinhentos e sessenta e um ciclos de fertilização *in vitro*, realizados em pacientes de 35 anos, verificou-se que nos Estado americanos, onde há reembolso obrigatório de alguma parte das despesas com procriação medicamente assistida, nomeadamente Illinois, Massachusetts e Rhode Island, realizaram-se menos ciclos de fertilização *in vitro*, com menos embriões transferidos por cada ciclo reprodutivo, em comparação com os

²⁵² Para MARK P. CONNOLLY *et. al*, *Economics of assisted reproduction: Access to fertility treatments and valuing live births in economic terms*, *Human Fertility*, Vol. 13, nº 1, 2010, p. 14, a regra da ausência de financiamento público ou reembolso esporádico das despesas ocorre em razão das autoridades financiadoras considerarem a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida como de baixa prioridade para a promoção da saúde da população.

²⁵³ Em um estudo realizado na Alemanha, restou demonstrado, em conformidade com a teoria econômica neoclássica, que as estimativas de elasticidade de preço influenciam a demanda por produtos de PMA. No caso analisado, o Autor observou que a edição de uma Lei no ano de 2004 na Alemanha, que obrigou o particular ao copagamento de 50% das despesas referentes à PMA, fez decrescer a procura por ciclos de fertilização *in vitro* e ICSI, ao passo que fez aumentar o preço do medicamento clomifeno, considerado uma linha de cuidado terapêutico mais conservador para o tratamento da infertilidade. MARK P. CONNOLLY *et. al.*, *The impact of introducing patient co-payments in Germany on the use of IVF and ICSI: A price-elasticity of demand assessment*, *Human Reproduction*, Vol. 24, nº.11, 2009, p. 2798. pp. 2796–2800.

²⁵⁴ Estudos de coorte, também conhecidos por longitudinais ou de incidência, são uma das ferramentas da epidemiologia clínica para analisar se existe relação entre a exposição e o desfecho. Entende-se por exposição os fatores de risco ou a intervenção clínica que se está a analisar, ao passo que desfecho é o evento que se quer observar, por exemplo, o agravamento à saúde. Normalmente, os estudos de coorte são utilizados para avaliar, em um grupo de pessoas livre da doença, o impacto de intervenções diagnósticas e terapêuticas em um desfecho sob investigação. Os estudos de coorte, assim como os ensaios randomizados, são considerados os ensaios clínicos mais qualificados para as revisões sistemáticas, que apoiam a tomada de decisão para a incorporação de novas tecnologias em saúde. Para aprofundar sobre o tema, ver JULIAN HIGGINS / JAMES THOMAS, *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions*, versão 6, 2019, disponível em <https://training.cochrane.org/handbook/current>.

Estados em que não há qualquer tipo de reembolso das despesas gastas pelos particulares²⁵⁵.

Como será visto adiante, o número de embriões a ser transferido em cada ciclo de fertilização *in vitro* se, por um lado, pode incrementar a probabilidade de sucesso da gestação, também aumenta o risco de gestação múltipla (gêmeos, trigêmeos ou mais). Em que pese a população, em geral, não reprovar os nascimentos múltiplos, sendo considerados objeto de desejo de algumas gestantes²⁵⁶, a gravidez múltipla intensifica a elevação da taxa de mortalidade e morbidade infantil, com complicações na gravidez e no parto e, como consequência final, amplia os custos com cuidados de saúde como um todo.

Considerando que o fim último buscado por quem procura as técnicas de procriação medicamente assistida é, obviamente, a gravidez não obtida pelo método tradicional de procriação, os resultados positivos de gravidez contam favoravelmente para o prestígio e o reconhecimento das clínicas que investem em tecnologias reprodutivas.

As conclusões da pesquisa mencionada denotam que, quando as despesas são assumidas com exclusividade pelo particular, há uma tendência geral em se aumentar a realização de ciclos de fertilização *in vitro* e o número de embriões a serem transferidos em cada ciclo, com o aumento da taxa de nascimentos múltiplos e o consequente incremento dos gastos com saúde associados à gravidez de risco e aos nascimentos prematuros, com vistas a alavancar as taxas de sucesso de gravidez.

Em outro estudo realizado com base nos dados fornecidos pela Pesquisa Nacional de Crescimento Familiar, nos Estados Unidos, observou-se que em um universo de cinco alternativas de tratamento da infertilidade, a busca pela consulta de aconselhamento é a

²⁵⁵ MEREDITH A. REYNOLDS *et al*, *Does insurance coverage decrease the risk for multiple births associated with assisted reproductive technology?*, *Fertility and Sterility*, Vol. 80, nº 1, 2003, p. 16. De acordo com o Autor, as gestações e os nascimentos múltiplos são os principais problemas de saúde pública decorrentes da utilização da procriação medicamente assistida. O estudo demonstrou que quando há transferência dos custos para um terceiro, Estado ou entidade privada de seguro, há uma tendência em se diminuir o número de ciclos de fertilização *in vitro*, bem como o número de embriões a serem transferidos em cada ciclo reprodutivo. O autor aponta que, de alguma forma, a cobertura obrigatória dos gastos com PMA pode reduzir o número de gestações múltipla, e consequentemente, trazer economia para as seguradoras de saúde.

²⁵⁶ P. WOLNER-HANSSEN / H. RYDHSTROEM, *Cost-effectiveness analysis of in-vitro fertilization: Estimated costs per successful pregnancy after transfer of one or two embryos*, *Human Reproduction*, Vol. 13, nº 1, 1998, p. 93, enfatiza que, em geral, a gravidez múltipla não é reconhecida como de risco para as gestantes e familiares.

única modalidade que não sofre influência da renda pessoal e da existência de seguro para reembolso das despesas médicas.

Por outro lado, a mesma pesquisa demonstrou que a busca por exames, por medicamentos indutores de ovulação, por cirurgia para endometriose e por técnicas de procriação medicamente assistida, em geral, aumentam consideravelmente para a mulher de alta renda, a demonstrar que a condição financeira da paciente orienta a escolha pelo tratamento médico e a efetiva disponibilização das tecnologias reprodutivas²⁵⁷.

Ou seja, um diagnóstico semelhante para a ausência de filhos receberá tratamento terapêutico distinto, a depender da condição econômica, social e cultural da paciente ou, dito de outra forma, o tratamento a ser indicado para a paciente que almeja conceber um filho não depende unicamente da análise das condições verificadas, mas sim da capacidade financeira disponível.

Assim, há uma relação intrínseca entre poder econômico, oferta, demanda e acessibilidade às técnicas de procriação medicamente assistida²⁵⁸. Em um cenário de concorrência de mercado, dominado, maioritariamente, por clínicas privadas, aquela que divulgar melhores resultados sem dúvida despertará o interesse do potencial consumidor de tecnologias reprodutivas²⁵⁹.

Quando clínicas privadas, grandes grupos farmacêuticos e sociedades de médicos possuem interesses econômicos na divulgação de taxas de sucesso de gravidez assistida, não há como afirmar que o aconselhamento médico que sugestione a utilização de uma técnica de procriação assistida em específico seja isento ou neutro²⁶⁰.

²⁵⁷ J. FARLEY ORDOVENSKY STANIEC / NATALIE J. WEBB, *Utilization, op. cit.*, pp. 983-984, aduzem que embora os seguros não custeiem os procedimentos de procriação medicamente assistida mais complexos, podem cobrir o custo de alguns medicamentos de eficácia moderada, e por tal motivo os médicos costumam prescrevê-los, mesmo sem garantia de proveito segundo o diagnóstico da paciente.

²⁵⁸ MARK P. CONNOLLY *et. al*, *Economics, op. cit.*, p. 13, assevera que a demanda por procriação medicamente assistida aumentou consideravelmente na última década, com reflexo no aumento da taxa de natalidade dos Estados. KENNETH J. ARROW, *Uncertainty and the welfare economics of medical care, The American Economic Review*, Vol. 53, nº5, 1963, p. 943, afirma que, de acordo com o segundo teorema econômico da otimalidade, também aplicável na «indústria da assistência médica», o aumento do poder de compra dos pacientes aumenta a demanda por serviços médicos a curto prazo e aumenta o preço dos serviços a longo prazo.

²⁵⁹ KENNETH J. ARROW, *Uncertainty, op. cit.*, p. 950, enfatiza que o esperado pela sociedade é que prevaleça a transmissão de informações corretas sobre a intenção de angariar clientes. Ocorre que, a tentativa de ampliar o mercado consumidor de produtos de procriação medicamente assistida nem sempre atende à expectativa do consentimento informado.

²⁶⁰ Audrey Chapman aduz que empresas farmacêuticas transnacionais possuem mais recursos financeiros que os países em desenvolvimento. UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, op. cit.*, p. 19. ANNETINE C. GELIJNS / SAMUEL

Em um conhecido documentário elaborado pela Goldman Sachs no ano de 2018 denominado *The Genome Revolution*²⁶¹, a analista Salveen Richter, ao questionar se a nova geração de procedimentos médicos, baseados em terapia genética e edição de genoma, que pretendem a cura definitiva de uma determinada doença, seria um modelo de negócio lucrativo para a Big Pharma, ou indústria farmacêutica/médica, expõe a tensão existente entre os acionistas das grandes empresas desenvolvedoras de tecnologia médicas, que aguardam retornos financeiros de caixa, e a sociedade e os pacientes que desejam o término do tratamento em definitivo e a erradicação completa de doenças.

Pesquisas e projetos científicos nem sempre estão alinhados com as diretrizes de direitos humanos. A procriação medicamente assistida é uma tecnologia cara e disponibilizada na maior parte em clínicas privadas com perspectiva de lucro.

O contexto em que a utilização das tecnologias reprodutivas está inserida, nomeadamente um modelo competitivo entre clínicas privadas de saúde, evidencia que técnicas mais complexas de procriação medicamente assistida são oferecidas ao público de alta renda, justamente por estar disposto a qualquer sacrifício financeiro para conceber um filho, sem que tenha sido esclarecido ao certo os riscos associados aos avanços tecnológicos.

Francisco Campos e Eduardo Albuquerque, ao perquirirem sobre as características econômicas da assistência médica, concluíram que o paciente atingido por uma forte comoção pessoal²⁶² que, no caso do presente estudo, pode ser comparada a dor de não

O. THIER, *Medical innovation and institutional interdependence: Rethinking university-industry connections*, *Jama*, Vol. 287, nº 1, 2002, pp. 72-77, retratam a relação das pesquisas científicas na área da saúde com o patrocínio de capital privado, o que levou os autores a constatarem a existência de uma indústria da universidade, com o desenvolvimento de pesquisas científicas voltadas para a inovação médica que gere lucros comerciais. Ao final, os autores defendem um equilíbrio na parceria entre a indústria e a universidade, com uma divisão clara entre os riscos e os benefícios gerados pela inovação médica. NATHAN ROSENBERG / RICHARD R. NELSON, *American universities and technical advance in industry*, *Research Policy*, Vol. 23, nº 3, 1994, pp. 323 e 340, referem que grande parte da pesquisa universitária tem apoio da indústria e apontam que muitos acadêmicos temem que o investimento privado corrompa os resultados da pesquisa científica. Mais adiante, os autores afirmam que o setor de patentes na área da saúde é o que mais experimenta influência tendenciosa da pesquisa científica patrocinada por interesses financeiros.

²⁶¹ GOLDMAN SACHS, *The genome revolution*, 2018, documentário disponível em <https://www.goldmansachs.com/insights/pages/genome-revolution.html>, acessado em 06.01.2020. Para uma visão mais alarmista, ver PETER GÖTZSCHE, *Medicamentos mortais e crime organizado: Como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica*, 2016. Em que pese Peter Götzsche não tenha sido o primeiro autor a comparar a indústria médica com a máfia ou crime organizado, colheu para si o descrédito que o discurso radical encerra, tendo sido expulso da Cochrane, organização não governamental, sem fins lucrativos ou comerciais, que visa divulgar evidências científicas para apoiar a tomada de decisão em saúde.

²⁶² KENNETH J. ARROW, *Uncertainty*, *op. cit.*, p. 949, descreve que a busca por serviços de cuidados de saúde é motivada por uma forte probabilidade de um ataque à integridade pessoal, seja no risco de morte ou no comprometimento do funcionamento de algum órgão do corpo humano.

conseguir conceber um filho pelo método tradicional, fará qualquer esforço para consumir todas as alternativas disponíveis pela inovação tecnológica na área da saúde, independente de o paciente deter a informação correta sobre os possíveis malefícios do procedimento médico oferecido²⁶³. O consumo dos produtos da procriação medicamente assistida é, portanto, marcado pela “prevalência da incerteza”²⁶⁴.

Kenneth Arrow, em um conhecido estudo desenvolvido no ano de 1963, aduziu que os pacientes compram dos médicos a informação que aqueles não detêm sobre determinada doença, e não o tratamento médico em si. No entanto, o autor considerou que mesmo a mercadoria vendida pelos médicos na forma de atendimento especializado não está livre de consequências incertas para a saúde do paciente²⁶⁵.

Arrow destaca que a informação vendida pelos médicos é produzida através da pesquisa científica e que, em mercados dominados por iniciativa privada²⁶⁶, a economia empresarial livre tende a não investir em novas pesquisas, vez que o custo da repetição de uma técnica médica que goza de aceitação geral é muito menor do que a produção de novos conhecimentos científicos²⁶⁷.

No entanto, a Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações aponta que a realização do direito em questão deve pautar-se pelo princípio da precaução. De acordo com a Declaração, o princípio da precaução pressupõe que, na ausência de consenso científico ou de evidências científicas irrefutáveis, deve-se evitar a aplicação da tecnologia com vistas a impedir que danos graves ou irreversíveis atinjam o público ou o meio ambiente²⁶⁸.

Assim, a par do direito a obter os benefícios de o progresso científico impor aos Estados o dever de respeitar a utilização dos novos conhecimentos resultantes do desenvolvimento da ciência, também dá origem ao direito de não ser prejudicado pela inovação tecnológica. O uso de uma tecnologia reprodutiva deve estar associado a evidências científicas que comprovem a sério a ausência de riscos ao indivíduo e à

²⁶³ FRANCISCO EDUARDO CAMPOS / EDUARDO DA MOTTA E ALBUQUERQUE, As especificidades contemporâneas do trabalho no setor saúde: Notas introdutórias para uma discussão, *Revista de Economia Contemporânea*, Vol. 3, nº 2, 1998, p. 100.

²⁶⁴ Locução utilizada por KENNETH J. ARROW, *Uncertainty, op. cit.*, p. 946.

²⁶⁵ KENNETH J. ARROW, *Uncertainty, op. cit.*, pp. 945-946.

²⁶⁶ Como é o caso da procriação medicamente assistida.

²⁶⁷ KENNETH J. ARROW, *Uncertainty, op. cit.*, p. 946.

²⁶⁸ UNESCO, Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, 2009, alínea f do artigo 12º.

diversidade genética. O direito a obter os benefícios do progresso científico, portanto, também assegura a obrigação de o Estado de proteger o indivíduo contra os possíveis efeitos nocivos do avanço da ciência.

De forma incisiva, a Declaração de Veneza aponta como obrigação dos Estados “monitorar os potenciais efeitos nocivos da ciência e da tecnologia, reagir efetivamente aos resultados e informar o público de maneira transparente”²⁶⁹. Pensamos que, no tocante às técnicas de procriação medicamente assistida, dado que o Estado não participa da condução das pesquisas e, por conseguinte, não tem acesso direto aos resultados obtidos, é imperiosa a adoção de outras medidas que protejam o indivíduo do uso temerário das tecnologias reprodutivas. O próprio princípio da precaução incita a não utilização da tecnologia caso se desconheçam os efeitos colaterais da sua aplicação.

Dessa forma, consideramos que o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida também repousa fundamento no direito a obter os benefícios do progresso científico, desde que o uso da tecnologia reprodutiva não acarrete malefícios ou consequências potencialmente adversas à saúde, à integridade e ao desenvolvimento da pessoa humana.

Só se pode considerar como progresso científico aquele que traga benefícios concretos para a espécie humana, e não apenas para os setores econômicos. A necessidade de proteção da pessoa humana deve-se sobrepor a interesses de mercado e da comunidade científica na utilização da tecnologia. Nem todo avanço da ciência produzirá efeitos benéficos permanentes aos indivíduos.

Assentadas as premissas do direito fundamental a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida, prosseguimos na tentativa de responder até que ponto é possível o Estado limitar o acesso às tecnologias de reprodução. Há de perquirir se, para além da cláusula geral de proteção da dignidade humana, existem outros fundamentos constitucionais para a limitação do direito a procriar.

²⁶⁹ UNESCO, Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, 2009, alínea c do artigo 16º.

2. Regime legal da procriação medicamente assistida e questões controvertidas

Neste capítulo, pretendemos abordar os principais aspectos do regime jurídico da procriação medicamente assistida no ordenamento português, previsto na Lei nº 32/06, de 26 de julho, e discorrer sobre problemáticas relevantes relacionadas a algumas técnicas de procriação medicamente assistida.

Não procuramos catalogar todas as espécies de tecnologias reprodutivas existentes, dado que o objetivo do estudo é apontar a existência de fundamento constitucional para a limitação do acesso à procriação medicamente assistida, e não a elaboração de um manual de biomedicina. Ademais, estima-se que, desde o início da pesquisa, outras técnicas de procriação medicamente assistida poderão ter surgido ou não mais reflitam as práticas médicas atuais.

Os apontamentos acerca dos principais métodos de procriação medicamente assistida, portanto, têm por propósito levantar argumentos para a discussão que irá suceder no capítulo terceiro.

Enquanto estivemos a elaborar a dissertação, certamente alguns Estados europeus e americanos modificaram suas legislações sobre o uso das tecnologias de reprodução assistida. A ausência de consenso nas legislações dos Estados e as sucessivas alterações do quadro legal²⁷⁰ são um indicativo de que o uso das tecnologias reprodutivas não é imune a críticas e questionamentos²⁷¹.

O termo reprodução ou procriação humana tem relação com a ideia de perpetuar-se através das gerações, multiplicar-se²⁷². Embora as palavras procriação e reprodução sejam utilizadas no discurso jurídico muitas vezes sem distinção, Manoel Antônio Dias da Silva aduz que o termo procriação confere maior rigor técnico por incutir um

²⁷⁰ SHERRIE A. KOSSOUDJI, *Economics of assisted reproduction*, in *Economics Uncut: A Complete Guide to Life, Death and Misadventure*, 2005, p. 293, refere que os Estados possuem leis e regulamentos sobre as tecnologias reprodutivas significativamente distintos.

²⁷¹ LUCA GIANAROLI *et al.*, *Current regulatory arrangements for assisted conception treatment in European countries*, *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, Vol. 207, 2016, p. 212, considera que as questões mais controversas acerca da procriação medicamente assistida que justificam as distinções entre as legislações dos Estados são: os critérios de acesso às técnicas, a legitimidade do Diagnóstico Genético de Pré-implantação, a doação de gametas e a gestação de substituição.

²⁷² FELIPE SARINHO, *Direito de procriar e procriação medicamente assistida no contexto da bioconstituição*, in *Jurisdição Constitucional e Liberdades Públicas*, Belo Horizonte, 2017, p. 283. pp. 281-298.

comportamento humano consciente direcionado a dar vida a alguém, diferente da reprodução de animais e vegetais, que se multiplicam sem essa consciência comportamental²⁷³.

Constatamos que, em Portugal, é corrente o uso do vocábulo procriação para designar o fato de conceber filhos²⁷⁴, ao passo que, no Brasil, a palavra reprodução ganhou mais popularidade. O vocábulo reprodução também foi o escolhido nos Estados Unidos para tratar sobre o tema das tecnologias reprodutivas, estando expresso na sigla ART (*assisted reproductive technology*).

Por outro lado, a expressão outrora difundida conhecida como inseminação artificial vem sendo abandonada gradativamente pela classe médica e jurídica, em que pese ter sido empregada em alguns diplomas legais num passado recente²⁷⁵. Ao que parece, a palavra artificial atribui um significado negativo ao manuseio das técnicas médicas e não condiz com o fato de que os gametas e embriões utilizados nos procedimentos são genuinamente naturais, e não postiços ou feitos de células fabricadas em laboratório²⁷⁶.

No entanto deixar a expressão inseminação artificial intencionalmente cair em desuso não afasta por completo o atributo artificial e, por consequência, o seu reflexo pejorativo no campo das tecnologias reprodutivas, posto que a maioria das técnicas de reprodução assistida são realizadas *in vitro* que, de acordo com o dicionário Priberam²⁷⁷, corresponde ao “que é feito fora do organismo ou em meio artificial”.

²⁷³ MANUEL ANTÔNIO DIAS DA SILVA, Problemas jurídicos da procriação artificial, Dissertação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1994, pp. 6-7. De todo modo, no Brasil a expressão reprodução assistida é mais usual do que o termo procriação, por motivo de ser a locução adotada nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, conforme se depreende da Resolução CFM nº 2.121/2015. A Rede Latino Americana de Reprodução Assistida (REDLARA), que congrega 90% dos centros de saúde que realizam técnicas de procriação medicamente assistida na América Latina, também utiliza a locução reprodução assistida na sua sigla.

²⁷⁴ Nos primórdios, contudo, Portugal utilizou a palavra reprodução assistida, como pode ser observado de alguns pareceres da Sociedade Portuguesa de Bioética e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, conforme será adiante demonstrado.

²⁷⁵ A Lei Portuguesa nº 3/84, de 7 de março, que trata sobre Educação sexual e planejamento familiar, no número 2 do seu artigo 9º, refere que o Estado fomentará o estudo e a aplicação da inseminação artificial. O Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro, que estabelece normas relativas à disciplina e atividade de banco de espermas, também utiliza as expressões procriação artificial humana e inseminação artificial.

²⁷⁶ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Legislar, op. cit.*, pp. 87-88. Já FELIPE SARINHO, *Direito de procriar, op. cit.*, p. 287, considera que a associação das técnicas de procriação medicamente assistida com práticas de manipulação genética equivaleria a procriação artificial.

²⁷⁷ <https://dicionario.priberam.org/>, acessado em 18/08/2021.

Por certo, o manuseio de gametas, embriões e genes em laboratório, mais precisamente em tubos de ensaio ou proveta, mesmo se tratando de matéria-prima genuinamente orgânica, dificilmente seria associado a algo nato ou espontâneo. A intervenção humana preconizada nos métodos de procriação medicamente assistida, ao afastar a ação exclusiva das forças da natureza do fenômeno da constituição do embrião, aproxima o método da produção ordenada, revestida de caráter sintético, fabricado. O produto que será criado em laboratório é diferente do resultado esperado sem o direcionamento científico.

O Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias Reprodutivas Assistidas (ICMART)²⁷⁸ considera que a procriação medicamente assistida engloba todas as intervenções com manuseio *in vitro* de óvulos, espermatozoides e embriões humanos com o objetivo de procriação²⁷⁹.

Assim, para o estudo que ora se propõe, o termo procriação medicamente assistida englobará todas as tecnologias reprodutivas dirigidas ao nascimento de uma vida humana, sem o recurso exclusivo do coito ou da prática de relação sexual. Ou seja, utilizaremos a expressão procriação medicamente assistida para referir toda a espécie de métodos desenvolvidos pela medicina para auxiliar na junção dos gametas masculino e feminino, com vistas à constituição de prole, sem o amparo do método tradicional de conjunção carnal.

Ao lado da procriação medicamente assistida, também discorreremos ao longo do texto sobre a engenharia genética que, em que pese os esforços da bioética para diferenciá-la da procriação assistida²⁸⁰, possui indiscutível afinidade com o tema em estudo.

O Relatório-Parecer sobre reprodução medicamente assistida nº 3/CNE/93, elaborado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida²⁸¹, pontuou que as

²⁷⁸ Em sua página oficial na internet, <https://www.icmartivf.org/> o ICMART se intitula como um ator não estatal, termo anteriormente designado por organização não governamental ou ONG, que mantém relações oficiais com a Organização Mundial da Saúde.

²⁷⁹ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international glossary*, *op. cit.*, p. 397.

²⁸⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Legislar sobre procriação assistida*, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. aumentada, 2005, p. 88, informa que a procriação medicamente assistida distingue-se dos temas conhecimento do genoma, terapia de células germinais por engenharia genética, clonagem, hibridação.

²⁸¹ De acordo com as informações constantes no endereço eletrônico oficial do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, <https://www.cneqv.pt/pt>, Portugal foi um dos primeiros países europeus a constituir um comitê de bioética. O CNECV foi criado no ano de 1990 através da Lei nº 14/1990, de 9 de

técnicas de *reprodução*²⁸² medicamente assistida usuais até então conhecidas na época eram a inseminação artificial (IA), a transferência intratubária de gâmetas (GIFT), a transferência intratubária de zigotos (ZIFT) e a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE)²⁸³.

Já o glossário internacional sobre fertilidade e infertilidade do ICMART de 2017 listou como técnicas de procriação medicamente assistida, sem exclusão de outras, a fertilização *in vitro* (IVF), a transferência de embriões (ET), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), a biópsia de embrião, o teste genético pré-implantação (DGPI), a eclosão assistida (também conhecido como dissecação da zona pelúcida), a transferência intrafalópica de gametas (GIFT), a transferência intrafalópica de zigotos, gameta e embrião, a criopreservação de sémen, a doação de óvulos e embriões e os ciclos de suporte gestacional. Por curioso, o Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias Reprodutivas Assistidas distinguiu a procriação assistida das modalidades heterólogas ao esclarecer, no mesmo verbete do glossário, que a PMA não inclui a inseminação assistida que utilize material de terceiro doador²⁸⁴.

Antes da análise individualizada das principais modalidades de procriação medicamente assistida, convém destacar os aspectos centrais do regime legal da PMA disciplinado pela Lei nº 32/06, de 26 de julho, com as alterações promovidas pelas Leis nº 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto e, no que couber, pelos acórdãos do Tribunal Constitucional nº 225/2018, de 24 de abril, e 465/2019, de 18 de setembro de 2019.

A Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, que alterou a Lei nº 32/2006, tratou da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos e a Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro, que igualmente alterou

junho, e com a densificação do seu regime jurídico com a Lei nº 24/2009, de 9 de maio, passou a assessorar a Assembleia da República com a função de elaborar pareceres e estudos sobre projetos de lei em andamento. É considerado um órgão permanente, independente e consultivo, composto por 19 membros. Apesar de não possuir poder decisório, observa-se que os pareceres do CNECV são levados em consideração durante o processo legislativo para a aprovação de leis que tratem de temas afetos ao universo da bioética, nomeadamente a procriação medicamente assistida, a engenharia genética, a terapia génica, a experimentação em embriões, a clonagem, a investigação em células estaminais, a sequenciação do genoma humano e demais temas relacionados.

²⁸² Note-se que no ano de 1993, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida ainda utilizava a expressão reprodução, ao invés de procriação medicamente assistida, com referência no corpo do parecer da sigla RMA, e não PMA.

²⁸³ Também conhecida pelas siglas FIV e IVF-ET (em inglês).

²⁸⁴ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international glossary*, *op. cit.*, p. 397.

a LPMA, disciplinou o novo regime jurídico aplicável à gestação de substituição, para adequar o quadro legal às decisões do Tribunal Constitucional n^{os} 225/2018, de 7 de maio, e 465/2019, de 18 de outubro. No entanto, ambas alterações não interferem no conteúdo tratado no presente estudo, posto que os temas da doação de sémen *post mortem* e a gestação de substituição não foram alvos de desenvolvimento para a construção do raciocínio apresentado.

2.1 Subsidiariedade e alternatividade. Superação da exigência de diagnóstico de infertilidade

É contraditório reconhecer o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida como desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia reprodutiva e, simultaneamente, vincular o acesso às tecnologias reprodutivas a uma determinada condição especial de saúde.

Se é a possibilidade de escolha que define a autonomia reprodutiva, o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida deveria ser, em abstrato, aberto para todas as pessoas que dela necessitem. Consideramos que não é a porta de entrada que demanda regulação, mas a efetiva aplicação do conhecimento desenvolvido pela ciência que deveria passar por rigoroso controle do Estado antes das técnicas de PMA serem ofertadas à população em geral, para a salvaguarda da saúde e segurança dos envolvidos.

Uma vez regulamentado o uso de uma determinada tecnologia reprodutiva, o seu acesso ou disponibilização ao público deveria ser facultado a todos os indivíduos, mulheres ou homens, sem discriminação.

No mundo ideal, as tecnologias reprodutivas, antes de oferecidas ao público, obrigatoriamente deveriam passar pelo teste de segurança e qualidade, bem como avaliadas sob os aspectos éticos e jurídicos, de modo a não gerar dúvidas sobre a sua aplicação.

Ocorre que, na corrida da inovação²⁸⁵, a ciência sempre salta à frente da legislação, e promove o uso generalizado ou até mesmo escamoteado de uma tecnologia reprodutiva muito antes da sua regulamentação legal.

No caso de Portugal, mesmo que a limitação da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida disponíveis pudesse implicar uma possível restrição do direito a obter os benefícios do progresso científico, as discussões doutrinárias na fase pré-legislação apontaram para a necessidade de controlar o acesso e, portanto, a porta de entrada, das modalidades de procriação medicamente assistida já usualmente utilizadas, com vistas a impedir a sua aplicação por mera conveniência ou mesmo por questões banais²⁸⁶.

De fato, com o objetivo de impedir o uso imoderado das tecnologias reprodutivas, as primeiras legislações dos Estados condicionaram o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida ao diagnóstico médico de infertilidade ou outra condição de saúde que contraindicasse a utilização do método tradicional de procriação através da conjunção carnal. Verificada a possibilidade de constituição de prole pelo método tradicional, sem risco de danos à saúde dos envolvidos, afastar-se-ia a possibilidade de recurso às técnicas de procriação medicamente assistida.

A exigência da prévia indicação terapêutica para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, nomeada pela doutrina como princípio ou caráter subsidiário da PMA, foi considerada por Guilherme de Oliveira como um limite constitucional não escrito ou um limite imanente ao acesso à tecnologia reprodutiva²⁸⁷.

²⁸⁵ Um bom relato sobre a corrida pelo desenvolvimento de tecnologias aplicadas na procriação está contido em WALTER ISAACSON, *The code breaker: Jennifer Doudna, gene editing and the future of human race*, New York, 2021. Jennifer Doudna, juntamente com sua parceira de pesquisa Emmanuelle Charpentier, ganhou o prêmio Nobel de química em 2020, por descobertas que envolvem a edição do genoma humano. De notar que, os principais marcos de desenvolvimento da biociência, nomeadamente a descoberta da molécula de DNA, a codificação do genoma e, atualmente, a edição de genes, foram movidos por disputas de laboratórios e guerra de patentes.

²⁸⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, Aspectos jurídicos da procriação assistida in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. atualizada, 2005, p. 6, publicado originariamente na Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, III, Lisboa, 1989, portanto, os comentários do Autor são antes da edição da Lei Portuguesa sobre Procriação Medicamente Assistida.

²⁸⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, Beneficiários, *op. cit.*, pp. 43 e 49. Sobre a teoria dos limites imanentes, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, *op. cit.* pp. 271-276, sustenta que os direitos fundamentais possuem limites constitucionais intrínsecos, ou imanentes, contidos neles próprios, que delimitam o âmbito normativo e o conteúdo abrangido pelo direito em questão. Em muitas situações, não estamos diante de colisão de direitos, mas sim de um problema de interpretação da norma que estabelece o direito fundamental. A teoria do limite imanente considera que muitas situações concretas estão fora do âmbito de proteção da norma, sendo imperioso delimitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais conforme definido constitucionalmente, não abrangendo supostos exercícios do direito que atinjam o

Assim, seguindo a tendência da época, a Lei nº 32/2006 inicialmente instituiu o diagnóstico de infertilidade, bem como outros requisitos de cariz médico, para o uso das técnicas de procriação medicamente assistida²⁸⁸.

Considera-se que a redação original do artigo 4º da Lei da PMA contemplou o princípio da subsidiariedade das técnicas de PMA, no sentido de que somente autorizou o seu uso aos casais que apresentassem antecedente diagnóstico médico de infertilidade, comprovasse que o método de gestação natural poderia causar risco de transmissão de doença genética para os descendentes ou que estivesse em causa um tratamento para doença grave.

Ao amparo do princípio da subsidiariedade, restringiu-se o uso das técnicas de procriação medicamente assistida para os casos comprovados de infertilidade, de risco de transmissão de doença ou de tratamento de doença grave, não tendo a lei, de início, autorizado o acesso às modalidades de PMA por mera conveniência ou preferência do casal²⁸⁹.

Convém notar que o princípio da subsidiariedade não é exclusivo da regulamentação legal acerca do uso das tecnologias reprodutivas.

núcleo essencial de outro direito ou valores fundamentais. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2017, p. 381, ensina que os limites imanentes são definidos por via interpretativa, por interpretação sistemática (em conjunto com os demais direitos fundamentais implícitos, que possuem status constitucional pela cláusula aberta dos direitos fundamentais prevista no nº 1 do artigo 16º da CP) ou revelados com a ajuda da consciência jurídica geral. O Autor discorda de José Vieira de Andrade pontualmente, por não aceitar a existência de limites imanentes explícitos no texto constitucional. De forma contrária, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 1239, inspirado pelas ideias de Robert Alexy, alinha-se a teoria externa, ampliadora do âmbito de proteção da norma, que considera que *prima facie*, todas as formas de exercício de um direito estão contidas no preceito fundamental, e através do processo de ponderação ou harmonização dos direitos em colisão, delimita-se o núcleo essencial do direito fundamental, excluindo-se a *posteriori* situações que hipoteticamente estavam inseridas no programa normativo do direito fundamental. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições, op. cit.*, pp. 409-414, critica de forma contundente a teoria externa, por considerar inadequado que situações ilegítimas sejam, mesmo que somente em um primeiro momento, tuteladas pelo direito.

²⁸⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos Jurídicos, op. cit.*, p. 16, refere que antes da Lei nº 32/2006, vigorou o Decreto-Lei nº 319/1986, de 25 de setembro, que estabeleceu um regime provisório e restritivo para a utilização da inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e a fertilização intratubária com sêmen fresco; AMÉLIA AUGUSTO, A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: Agentes, contexto e processos, in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas*, Porto, 2009, pp- 49-51, acrescenta ainda que em 30 de julho de 1999, o então Presidente da República Portuguesa vetou o Decreto nº 415/VII, aprovado pela Assembleia da República para regulamentar a *reprodução* medicamente assistida, por questões de ordem técnica, mas sobretudo por motivo de ausência de consenso e amplo debate na sociedade portuguesa.

²⁸⁹ De acordo com GUILHERME DE OLIVEIRA, *Restrições, op. cit.*, p. 14, os médicos são os competentes para decidir acerca do preenchimento do requisito da subsidiariedade.

No direito penal, o princípio da subsidiariedade autoriza a invocação da tutela penal apenas quando outros diplomas de direito não penal não demonstrem aptidão para proteger o bem jurídico violado. O princípio da subsidiariedade, assim, legitima o enquadramento do direito penal como *ultima ratio*, com aplicação para os casos de violação de bens jurídicos mais importantes e que mereçam a tutela sancionatória criminal²⁹⁰.

No direito internacional, o princípio da subsidiariedade, inspirado na doutrina da margem de apreciação e densificado no protocolo 15 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa²⁹¹, assinala competir aos Estados signatários, através do direito doméstico, assegurar em primeiro plano os direitos e liberdades definidos na Convenção e, em caso de violação, os Estados gozam de uma margem de escolha ou discricionariedade para a adoção da medida que entenderem pertinentes para a cessação da violação às normas da Convenção²⁹².

Em ambos os casos de aplicação do princípio da subsidiariedade citados, há uma justificativa para a atuação em retaguarda da jurisdição penal ou do Tribunal Europeu.

No caso do direito penal, invoca-se a gravidade das sanções penais, muitas delas restritivas de liberdades e direitos, como fundamento para a sua utilização residual. Para o direito internacional, a contenção das decisões do Tribunal Europeu se dá em homenagem à soberania dos Estados e primazia do direito interno²⁹³.

²⁹⁰ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Colección estructuras y procesos, Serie derecho, 1995, pp. 711-712 e 716, considera que a jurisdição penal é residual e somente é admissível quando os outros instrumentos de responsabilização civil, administrativa ou política não puderem proteger o interesse em questão.

²⁹¹ Conselho da Europa, Protocolo nº 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 24 de junho de 2013, ratificado por Portugal em 16 de janeiro de 2017.

²⁹² IAN CRAM, Protocol 15 and articles 10 and 11 ECHR: The partial triumph of political incumbency post-Brighton?, *International and Comparative Law Quarterly*, V. 67, nº 3, 2018, p. 482, relata que a densificação do princípio da subsidiariedade através do Protocolo 15 ocorreu após a Rússia, a Alemanha e o Reino Unido se insurgirem contra decisões do Tribunal Europeu que desconsideraram o ordenamento jurídico interno. O Protocolo 15 foi antecedido pela Declaração de Brighton, que asseverou que os Estados signatários são os responsáveis para decidir como implementar a Convenção em seus territórios e que compete ao Tribunal Europeu tão somente analisar se a tomada de decisão dos Estados está dentro da margem de apreciação. Ao Tribunal Europeu, portanto, é reservada uma atuação residual, subsidiária, de escrutínio da tomada de decisão nacional para a salvaguarda dos direitos reconhecidos pela Convenção.

²⁹³ O documento do Conselho da Europa, *Explanatory Report to Protocol n° 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, refere que a Convenção é subsidiária à salvaguarda dos direitos humanos, posto que os Estados possuem melhores condições de decidir como aplicam e implementam a Convenção.

A palavra subsidiariedade, no caso da utilização das tecnologias reprodutivas, foi utilizada na Lei nº 32/2006 para significar que as técnicas de procriação medicamente assistida devem ser aplicadas em situações específicas em que o método tradicional de procriação não é possível ou apropriado.

Tal como na aplicação do princípio da subsidiariedade em outros ramos do Direito, consideramos que deve haver uma justificativa forte para a lei ter enaltecido o caráter residual ou subsidiário da procriação medicamente assistida.

O motivo que levou o legislador a considerar que a procriação medicamente assistida só deve ser utilizada como *ultima ratio*, a nosso ver, tem relação com o risco inerente à utilização das tecnologias reprodutivas. Mesmo que com gradações, nenhuma técnica de procriação medicamente assistida é isenta de risco à saúde do bebê ou da gestante. Uma gestação com recurso às tecnologias reprodutivas não apresenta o mesmo risco à saúde do que uma gravidez tradicional²⁹⁴.

Dessa forma, considerando que a gestação através do uso de técnicas de procriação medicamente assistida não é equivalente à gestação obtida através do método tradicional, agiu bem o legislador em conferir primazia à gestação natural em detrimento da gravidez com recurso à tecnologia reprodutiva, como forma de direcionar, ao menos no serviço público de saúde, a primeira linha de cuidado à saúde voltada para a tentativa de constituição de prole através do método tradicional.

Como é de se esperar, nem toda ausência de gestação por um período estipulado implica patologia ou incapacidade para a fecundação. Muitas vezes, ajustes no estilo de vida, o que inclui mudanças nos hábitos alimentares, restrição de álcool e tabagismo e a inclusão de atividade física associado a práticas para a gestão do estresse podem contribuir para o sucesso de uma gravidez natural²⁹⁵. Ao atribuir caráter subsidiário ao

²⁹⁴ MICHAEL J. DAVIES e *et. al.*, *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 366, nº 19, 2012, pp. 1805-1806, demonstra o aumento do risco de anomalias congênicas, defeitos cardiovasculares e paralisia cerebral serem transmitidos para a criança concebida através das técnicas de procriação medicamente assistida, em comparação com uma gravidez espontânea, e que dentre as técnicas de procriação medicamente assistida, o uso da Injeção Intracitoplasmática de espermatozoide torna o aumento do risco de aneuploidia mais significativo. O conceito de aneuploidia será descrito no item 2.4.5, em conjunto com o diagnóstico genético de pré-implantação.

²⁹⁵ ROBERT L. BARBIERI, *The initial fertility consultation: Recommendations concerning cigarette smoking, body mass index, and alcohol and caffeine consumption*, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Volume 185, nº 5, 2001, pp. 1170, refere que desde a primeira consulta sobre infertilidade, os casais devem ser orientados que o consumo de álcool, cigarro, caféina em excesso e baixa massa corporal

uso das tecnologias reprodutivas, a lei buscou impedir, portanto, que a PMA fosse a primeira opção a ser oferecida a mulher, sem que outras medidas comprovadas cientificamente fossem previamente adotadas.

A questão da autoconsciência sobre os fatores que podem levar à infertilidade, inclusive, restou incluída no Glossário Internacional sobre Infertilidade e Fertilidade do ano de 2017²⁹⁶, através do verbete *fertility awareness*, tendo sido descrito como o conhecimento acerca da reprodução, fecundidade e fatores de risco individuais relacionados (por exemplo, idade avançada, fatores de saúde sexual, como infecções sexualmente transmissíveis e fatores de estilo de vida tais como tabagismo, obesidade) e fatores de risco não individuais (por exemplo: ambiente e local de trabalho); incluindo a consciência de fatores sociais e culturais para atender ao planejamento familiar reprodutivo.

De igual forma, o parecer nº 3/CNE/1993, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pontuou que fatores ambientais como a poluição, tabaco, *stress*, contraceptivos, prática de abortos clandestinos, doenças sexualmente transmissíveis e fatores emocionais são causas de infertilidade; sendo preferível prevenir as causas a adotar medidas para a sua superação. Em que pese não restar expressamente escrito, consideramos que o CNECV se posicionou, ao menos na época, no sentido de que as técnicas de procriação medicamente assistida deveriam ser disponibilizadas ao público após tentativa de solução da infertilidade pelos métodos terapêuticos tradicionais, diversos do manuseio da tecnologia reprodutiva.

Resguardar as técnicas de procriação medicamente assistida para as situações que efetivamente demandem intervenção médica é o primeiro passo para não banalizar o uso da tecnologia reprodutiva.

são causas de infertilidade, de modo a promoverem as mudanças de hábito necessárias para atingir a gravidez desejada.

²⁹⁶ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, The international glossary on infertility and fertility care, 2017, *Fertility and Sterility*, Vol. 108, nº 3, 2017, p. 400. BRENNAN PETERSON/ JEAN MARIE S. PLACE, The experience of infertility: An unexpected barrier in the transition to parenthood, in *Pathways and barriers to parenthood: Existencial concerns regarding fertility, pregnancy and early parenthood*, 2019, pp. 26-27, defende que o aconselhamento cognitivo-comportamental sobre fertilidade baseado em evidências científicas demonstra resultados significativos para a constituição de prole, sem associação as técnicas de PMA. O autor sustenta que profissionais de saúde e a população em geral possuem conhecimento insuficiente acerca da fertilidade, estando expostos a diversos fatores que causam a infertilidade por desconhecimento ou ignorância. O autor conclui, portanto, que a questão da autoconsciência sobre os fatores que interferem na fertilidade deve ser levada em consideração no momento da formulação de políticas públicas.

No entanto, mesmo que se tenha pretendido criar uma regra ou requisito objetivo de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida com a exigência do diagnóstico antecedente de infertilidade, convém lembrar que pairam sobre a infertilidade dúvidas quanto a sua classificação como doença, posto que o conceito de infertilidade é construído através de significados sociais que correlacionam a ausência de filhos a uma moléstia grave. Assim, até mesmo um diagnóstico clínico de infertilidade pode ser incerto ou carregado de subjetividade, dado à dificuldade, muitas vezes, de se encontrar uma causa clínica para a ausência de gestação²⁹⁷.

Assim, persistindo a ausência de filhos por um período razoável²⁹⁸, não é interdito a uma pessoa, mesmo sem conhecimento da causa ou motivo, obter um diagnóstico clínico de infertilidade, o que, em tese, poderia igualar todos os indivíduos ao acesso às tecnologias reprodutivas.

De igual forma, o requisito de risco de transmissão de doença genética também admite questionamento, já que a lei não especificou (e nem sabemos se seria possível) quais seriam as doenças graves ou genéticas que autorizariam o acesso às tecnologias reprodutivas.

É de se indagar, inclusive, se haveria consenso em uma eventual lista de doenças causadoras de má formação congênita aptas a autorizar o acesso às tecnologias reprodutivas e até que ponto tais doenças, de fato, precisam ser afastadas em absoluto do jogo da loteria dos genes, sob pena de restar sacramentado no ordenamento jurídico uma verdadeira discriminação genética²⁹⁹.

Em um conhecido caso ocorrido no ano de 2002, nos Estados Unidos, o casal de mulheres, Sharon Duchesneau e Candace McCullough, ambas com deficiência auditiva, recorreram às técnicas de procriação medicamente assistida para assegurar que o seu filho

²⁹⁷ SUSANA SILVA / HELENA MACHADO, *The diagnosis of infertility: Patients' classification processes and feelings*, *Medical Sociology online*, Vol. 3, nº 1, 2008, p. 05, referem que a imprecisão do diagnóstico de infertilidade o torna uma construção, um artefacto produzido pelo médico especialista em medicina reprodutiva.

²⁹⁸ Já vimos no capítulo primeiro que, no início, os documentos normativos oscilaram em apontar o prazo de 1 ano a 2 anos como tempo mínimo para a comprovação da infertilidade por ausência de prole.

²⁹⁹ De acordo com o artigo 6º da Declaração Universal sobre o genoma humano e os Direitos Humanos, de 11 de novembro de 1997, da UNESCO, “nenhuma pessoa será sujeita a discriminação com base nas características genéticas que tenha como objetivo ou como efeito atentar contra os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana.” A lei nº 32/2006, que regula a utilização das técnicas de PMA, também fez constar em seu artigo 2º a proibição de discriminação com base no patrimônio genético.

nascesse com o gene da surdez³⁰⁰. Para elas, a surdez representa uma identidade cultural, e não uma doença a ser curada. Se por acaso o casal de mulheres americano buscasse a ajuda da PMA tão somente para engravidar, sem a escolha dirigida do gene da surdez, haveria possibilidade, mesmo que pequena, de o filho não ser acometido da surdez congênita.

A mesma razão invocada pelo casal de mulheres do direito à escolha do filho com a limitação auditiva dos pais, como forma de fortalecer uma cultura familiar e facilitar o desenvolvimento do sentimento de pertencimento ao grupo, pode ser adaptada a outras doenças como a cegueira, o nanismo, o diabetes, a sida e toda forma de patologia congênita.

A questão difícil que se coloca é que, para além de afastar doenças debilitantes, as tecnologias reprodutivas também podem ser usadas para garantir a presença delas, de forma deliberada, impondo aos descendentes supostas características consideradas por muitos como negativa ou depreciativa.

Além disso, as técnicas de PMA podem não somente afastar ou assegurar a presença de doenças, como também direcionar a escolha de características e habilidades sem relação com doença genética, tais como o sexo, a altura, a cor dos olhos, a tonicidade muscular e o incremento da memória (QI), o que se convencionou chamar de melhoramento genético³⁰¹.

Em relação à Portugal, a LPMA fez constar vedação expressa no nº 2 do artigo 7º, no sentido de que as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para fins de melhorar as características não médicas do nascituro, citando como exemplo a escolha do sexo. Voltaremos a esse assunto oportunamente quando tratarmos do diagnóstico genético de pré-implantação e no capítulo terceiro.

No que toca à subsidiariedade, esclareça-se que a doutrina considera que a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida é subsidiária em relação à

³⁰⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, 1ª ed., Coimbra, 2021, p. 94 e MICHAEL J. SANDEL, *The case against perfection: Ethics in the age of genetic engineering*, 1ª ed., Cambridge, 2007, p. 9.

³⁰¹ O CNECV, em parecer datado de 1993, 3/CNE/1993, já antecipava os problemas resultantes da escolha das características dos filhos, mesmo antes da tecnologia permitir a possibilidade: pais que encomendam a personalidade dos filhos, instrumentalizando-os; filhos que questionam a escolha dos pais, resultante em habilidades ou características que não se identificam.

possibilidade de procriação natural, não sendo necessário demonstrar a impossibilidade ou o fracasso do processo de adoção de criança para o acesso à tecnologia reprodutiva³⁰².

Embora a doutrina não avance nesse aspecto, é de se considerar que a lei poderia ter sido mais enfática ao autorizar o acesso às tecnologias reprodutivas após a inserção dos beneficiários em cadastros de adoção de crianças ou, no mínimo, indicar a participação prévia em uma consulta de aconselhamento sobre planejamento familiar que tratasse dos benefícios da adoção, de forma a estimular essa alternativa entre os pretendentes ao uso das técnicas de PMA, sem caráter vinculativo ou obrigatório.

A previsão inserta na alínea e) do artigo 12º da LPMA, que aponta o direito de o beneficiário das técnicas de PMA ser informado sobre o procedimento da adoção, a nosso ver, não está à altura da relevância social do instituto, posto que não indica o responsável por assegurar o direito de informação nem como este será, na prática, concretizado.

Consideramos mais vantajoso se a lei tivesse previsão específica da participação em consulta de aconselhamento sobre planejamento familiar e o esclarecimento da possibilidade da adoção; o que não inova nem destoa do nº 4 do artigo 5º do Decreto Regulamentar nº 6/2016³⁰³, que veio regulamentar a Lei nº 17/2016, no momento em que estipula uma avaliação psicológica prévia à aplicação das técnicas de PMA.

No entanto, para Vera Lúcia Raposo, o intento de constituir prole através da procriação medicamente assistida reside no desejo de estabelecer um vínculo genético com a criança ou, ao menos, fazer parecer que isso ocorre, como nos casos de doação de gametas de terceiros. Já na adoção, a sua procura é movida pelo desejo de construir um vínculo afetivo e social com a criança, dispensada a necessidade de com ela estabelecer um elo genético³⁰⁴. Dessa forma, embora ao final o resultado pareça idêntico, que é a determinação da maternidade ou paternidade de uma criança, as justificativas para a procura da PMA ou da adoção são distintas.

É de se reconhecer que a justificativa do caráter subsidiário das técnicas de procriação medicamente assistida, no que tange à permissão de seu acesso somente em caso de inviabilidade de gravidez natural, foi concebida muito antes da edição da LPMA.

³⁰² GUILHERME DE OLIVEIRA, Beneficiários, *op. cit.*, pp. 52-56.

³⁰³ Portugal, Decreto Regulamentar nº 6/2016, de 29 de dezembro.

³⁰⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença que tenha filhos?”: Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida, *Revista Direito GV*, V. 15, nº 2, 2019, pp. 3-4.

Dois anos antes da publicação da LPMA, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida foi convidado a se pronunciar sobre os dois projetos de lei em tramitação que antecederam a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, diploma que regulamenta a procriação medicamente assistida em Portugal.

No parecer nº 44/CNECV/2004, o CNECV pontuou que as técnicas de PMA devem ser utilizadas em casos de indicação médica ou em situações de infertilidade, por se tratar de métodos terapêuticos subsidiários, completos, e não alternativos à gestação natural, tendo inclusive ressaltado que exceções ao princípio da subsidiariedade somente devem ser admitidas por razões médicas e após análise e autorização de uma entidade administrativa independente³⁰⁵. Nessa altura, o CNECV só reconheceu o casal heterossexual, em uma relação estável, constituída através do matrimônio ou em regime de união de fato, como beneficiário das tecnologias reprodutivas.

Convém notar que o parecer do CNECV do ano de 1993, nomeadamente o 3/CNE/1993, em que pese não ter expressamente mencionado a palavra subsidiariedade, concluiu que as técnicas de PMA não constituem um método alternativo à reprodução natural e deveriam ser utilizadas somente quando não fosse possível outros meios para o tratamento da infertilidade³⁰⁶.

No entanto, Guilherme de Oliveira elenca alguns exemplos estrangeiros de acessos autorizados às técnicas de procriação medicamente assistida, sem que tenham tido correspondência com as hipóteses subsidiárias previstas em lei: casos em que mulheres de presidiários, da França e da Itália, foram autorizadas pelo Estado a utilizarem técnicas de PMA para engravidar, enquanto os maridos cumpriam pena; de modo similar, casos em que as mulheres dos soldados americanos na segunda guerra mundial foram autorizadas a utilizarem a PMA para engravidarem e casos em que o homem ou a mulher recorre à vasectomia ou laqueadura de trompas, sem correlação com suposta infertilidade involuntária, e deixa sémen ou óvulos congelados para utilização futura³⁰⁷, a demonstrar que o princípio da subsidiariedade, ao menos na arena internacional, não logrou alcançar força suficiente para obstar o uso da PMA por comodidade ou preferência.

³⁰⁵ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer nº 44/CNECV/2004, de julho de 2004, sobre procriação medicamente assistida, p. 3.

³⁰⁶ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer nº 3/CNE/1993, de julho de 2004, sobre reprodução medicamente assistida, p. 10.

³⁰⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, Beneficiários, *op. cit.*, pp. 44-46. Em exemplos semelhantes, VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito*, *op. cit.*, p. 730, destaca que esses beneficiários podem procriar pelo método natural, mas no cenário em que estão inseridos optaram pela procriação medicamente assistida.

O panorama da subsidiariedade da procriação medicamente assistida e, consequentemente, a imposição de prévia indicação terapêutica, perdurou incontestemente em Portugal até a edição da Lei nº 17/2016, de 20 de junho, que promoveu alteração na redação original do artigo 4º da LPMA e incluiu a possibilidade de todas as mulheres se valerem das técnicas de procriação medicamente assistida, independentemente do diagnóstico médico de infertilidade e da existência de parceiro.

Cumprir pontuar que, além de Portugal, a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia, a Espanha e o Reino Unido não mais exigem diagnóstico médico de infertilidade, tampouco excluem as mulheres em relacionamento com outra mulher ou as solteiras do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida³⁰⁸.

Em que pese o objetivo expresso da Lei nº 17/2016 tenha sido o de garantir o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida, inclusive as solteiras, com a consequente ampliação do rol de beneficiárias das tecnologias reprodutivas, a superação da exigência de comprovação da infertilidade modificou o regime legal da PMA, por rechaçar o princípio da subsidiariedade, pensado, na época, em corrigir ou controlar o uso imoderado das tecnologias reprodutivas por homens e mulheres, enquanto não afastada a possibilidade de recurso ao método tradicional de procriação.

Dito em outras palavras, o alargamento do âmbito dos beneficiários, para incluir toda e qualquer mulher, independentemente de *status*, orientação sexual e condição de saúde, afetou diretamente o princípio da subsidiariedade, ao misturar os requisitos de acesso da porta de entrada com os possíveis beneficiários das técnicas de PMA.

No atual quadro legislativo, portanto, coexistem duas regras de aparente contradição: uma que indica ser a procriação medicamente assistida método subsidiário para alcançar a gestação e que só pode ser utilizada mediante diagnóstico de infertilidade e para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença (números 1 e 2 do artigo 4º da LPMA)³⁰⁹; a outra que alarga as beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida, prescrevendo que todas as mulheres tenham acesso às tecnologias

³⁰⁸ K. BERG BRIGHAM *et. al.*, *The diversity*, *op. cit.*, p. 669.

³⁰⁹ “Artigo 4º da LPMA: Recurso à PMA:

1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”

reprodutivas, independentemente de estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade (nº 3 do artigo 4º conjugado com o nº 1 do artigo 6º da LPMA)^{310 311}.

Questão que merece esclarecimento pela doutrina e jurisprudência consiste em definir se o aditamento do número 3 ao artigo 4º da LPMA, que possibilita todas as mulheres terem acesso às tecnologias reprodutivas independente de diagnóstico de infertilidade, derruba a exigência do requisito alternativo previsto no número 2, que impõe a finalidade para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença, corolário do princípio da beneficência³¹².

Ou seja, na ausência de menção à *finalidade de tratamento de doença* no número 3 do artigo 4º da LPMA, questiona-se: Todas as mulheres (solteiras, em um relacionamento homossexual ou heterossexual) estariam autorizadas a acessar as técnicas de procriação medicamente assistida sem a exigência de justificar as razões médicas, ou somente as mulheres solteiras e o casal de mulheres, por obviamente não disporem do gameta masculino para a fecundação? Indagado de outra forma, permanece a exigência do diagnóstico de infertilidade ou do risco de transmissão de doença grave para o casal heterossexual utilizar as tecnologias reprodutivas?

O parecer nº 90/CNECV/2016, que se debruçou sobre as alterações promovidas na LPMA e no seu Decreto Regulamentar, levanta a preocupação de que o alargamento

³¹⁰ “Artigo 4º: Recurso à PMA

3 - As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Artigo 6º: Beneficiários

1- Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.”

³¹¹ Para HELENA MOTA, A gestação de substituição no direito internacional privado português, in *Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, 2018, p. 67, após o legislador ter incluído no âmbito de beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida todas as mulheres, inclusive as solteiras, não faz mais sentido a exigência prévia de diagnóstico de infertilidade para o acesso à tecnologia reprodutiva, posto que a mulher sem parceiro, mesmo fértil, só poderá ter filhos através do acesso às técnicas de PMA para a obtenção do gameta masculino.

³¹² O princípio da beneficência foi desenvolvido no ano de 1977 por TOM L. BEAUCHAMP / JAMES F. CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*, 7ª ed., Nova Iorque, 2009, p. 202 e ss., com influência no juramento de Hipócrates e nas ideias constantes no relatório Belmont, elaborado pela *Nacional Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. A referida comissão foi criada pelo Congresso Americano no ano de 1974, com o objetivo de identificar os princípios éticos da biomedicina. De acordo com os Autores, o princípio da beneficência orienta a atuação do profissional a utilizar os recursos da melhor maneira para o benefício da saúde e do bem-estar do paciente, de modo a maximizar os benefícios e minimizar os danos previsíveis. De modo simplista, faz-se alusão ao princípio da beneficência para determinar que o recurso a um determinado procedimento médico só se justifica se para além de não prejudicar (princípio da não maleficência), deve efetivamente curar ou melhorar o estado de saúde do paciente. Além do princípio da beneficência, a bioética pauta-se pelos princípios da não maleficência, da autonomia, da justiça e do recente princípio da precaução.

do âmbito das beneficiárias da PMA trará impactos na organização do serviço de saúde e sugere que a ausência do estabelecimento de prioridade de acesso ao serviço por razões médicas (infertilidade e risco de transmissão de doença grave), em detrimento de escolhas individuais, pode gerar desigualdade no tempo de espera, posto que as mulheres solteiras ou casal de mulheres seriam contemplados com o acesso facilitado às técnicas de PMA por não necessitarem se submeter a exames e consultas prévias para investigação da causa de infertilidade ou constatação de doenças genéticas.

Ao final da manifestação de 2016, o CNECV afirma que, em um cenário de recursos limitados, o Estado pode estabelecer critérios para o acesso às técnicas de PMA, privilegiando a indicação médica e o tratamento da infertilidade em oposição ao recurso às técnicas por escolha individual³¹³.

Por sua vez, o Decreto Regulamentar nº 6/2016, de 29 de dezembro, no seu artigo 6º, descreve que o acesso pelos casais de mulheres e por mulheres solteiras às técnicas de PMA, que reúnam os requisitos do nº 2 do artigo 4º da LPMA³¹⁴ (nomeadamente, o diagnóstico de infertilidade, a finalidade de tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças), deve obedecer aos mesmos critérios que são aplicados aos casais heterossexuais.

Convém acrescentar que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida³¹⁵, na Declaração interpretativa de setembro de 2016³¹⁶, ao analisar o artigo 4º da LPMA após a alteração promovida na legislação, sinalizou que as técnicas de PMA podem ser usadas por casais inférteis que preencham os requisitos do nº 2 do artigo 4º da LPMA (diagnóstico de infertilidade e risco de transmissão de doenças) e por mulheres

³¹³ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer no 90/CNECV/2016, de dezembro de 2016, sobre a apreciação do projeto de Decreto-lei da regulamentação da Lei nº 17/2016, garantindo o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida, pp. 6-8 e 11. O parecer 87/CNECV/2016 também sustenta que o Estado deve regular o uso da PMA estabelecendo prioridade para o acesso para tratamento da infertilidade.

³¹⁴ Consideramos que o Decreto Regulamentar nº 6/2016, no nº 1 do artigo 6º, fez menção equivocada ao nº 2 do artigo 6º da LPMA, quando, de fato, esperava mencionar os requisitos previstos no nº 2 do artigo 4º da LPMA, posto que o artigo expressamente indicado no texto oficial não contém requisitos de acesso às técnicas de PMA.

³¹⁵ O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, instituído pelo artigo 30º da Lei nº 32/2006, é a autoridade competente reguladora do setor da PMA em Portugal. Possui, dentre as suas atribuições, o poder de autorizar e fiscalizar os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, gerir o sistema de informações acerca da aplicação das técnicas de PMA, pronunciar-se sobre a implantação das modalidades de PMA no serviço de saúde, dentre outras atribuições relacionadas ao tema.

³¹⁶ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, Declaração interpretativa (nº 1 do artigo 30º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis nº 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto), de setembro de 2016, pp. 5 e 7.

independentemente de diagnóstico de infertilidade, estado civil e orientação sexual, podendo, neste último caso, também as mulheres também acederem às técnicas por motivo de infertilidade ou de risco de transmissão de doença grave³¹⁷.

A posição de defesa de priorização do acesso à PMA aos beneficiários que demonstrem razões médicas para o uso da tecnologia reprodutiva do CNECV, aliada ao dispositivo do Decreto Regulamentar nº 06/2016 e o esclarecimento feito pelo CNPMA (que considera que a mulher solteira e o casal de mulheres que comprovem infertilidade ou risco de transmissão de doença devem ser equiparados, para fins de organização do serviço, à mesma situação dos casais heterossexuais que apresentem indicações médicas para o uso de tais técnicas) demonstra que a exigência do diagnóstico de infertilidade permanece válida para aceder às técnicas de PMA pelos casais heterossexuais e para as outras beneficiárias que aspirem preferência no acesso ao Serviço Nacional de Saúde.

Note-se que não há na normativa regra que defina claramente como ocorrerá a priorização do acesso às técnicas de PMA por razões de saúde, em que pese o apelo do CNECV para o estabelecimento de prioridade de acesso por razões de saúde e o Decreto Regulamentar ter especificado a situação da mulher e do casal de mulheres com diagnóstico de infertilidade ou de risco de transmissão de doença como assemelhada ao do casal heterossexual. Ao que se imagina, as unidades de saúde devem utilizar duas listas de espera para o acesso aos serviços de PMA no Serviço Nacional de Saúde: uma que contempla as beneficiárias que cumprem o requisito do nº 2 do artigo 4º da LPMA, outra que inclui as mulheres beneficiárias independentemente de diagnóstico de infertilidade, tratamento de doença grave e risco de transmissão de doença genética.

Mais uma vez, relembramos que a mulher solteira e o casal de mulheres carregam uma infertilidade inata, por total ausência do gameta masculino, e podem lograr vantagem no tempo de espera para aceder às técnicas de PMA no serviço de saúde, se almejarem sustentar o seu acesso através da infertilidade social, o que pode não ocorrer na situação de risco de transmissão de doença genética, posto que estarão sujeitas às mesmas consultas, exames e condições impostas ao casal heterossexual.

³¹⁷ No endereço <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/faqs.aspx>, no local destinado a perguntas frequentes, o CNPMA esclarece que os casais de sexo diferente podem aceder às técnicas de PMA por motivo de diagnóstico de infertilidade ou doenças familiares graves que possam ser evitadas na descendência; já às mulheres solteiras ou casais de mulheres não são impostas nenhuma condição.

Assim, constatamos que seria mais adequado considerar que a mulher solteira e o casal de mulheres podem acessar as técnicas de PMA, nas mesmas condições impostas ao casal heterossexual, somente no caso de tratamento de doença grave e de risco de transmissão de doença genética, sendo de todo dispensada a possibilidade de ser alegada a infertilidade, pois toda e qualquer mulher solteira e casal de mulher, independentemente do seu histórico de saúde, não possuem capacidade para a gravidez natural.

Registre-se que o Decreto Regulamentar nº 6/2016 dispôs no artigo 7º que não é defensável conceder tempos de espera distintos para os beneficiários acederem às técnicas de PMA, mas afirmou a possibilidade de se estabelecer prioridades para o acesso vinculado a questões médicas.

Frise-se que, mesmo reconhecendo a ampliação do âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA e, por conseguinte, as consequências advindas da dispensa do diagnóstico de infertilidade para um determinado grupo de mulheres, o CNECV reafirmou, no parecer nº 90/CNECV/2016, que a PMA é um método subsidiário e não alternativo de procriação sem, contudo, definir ou discorrer sobre a nova roupagem após as mudanças operadas pela Lei nº 17/2016, numa clássica tentativa de repetição do raciocínio como um mantra, como se, dessa forma, fosse possível obstar o esvaziamento do princípio da subsidiariedade³¹⁸.

Por certo, as alterações promovidas no espectro dos beneficiários da LPMA não foram despretensiosas, tendo os legisladores antecipadamente previsto os efeitos colaterais que atingiram o primado da subsidiariedade.

Tal assertiva pode ser comprovada no relatório nº 87/CNECV/2016, que analisou de forma agregada diferentes projetos de lei que pretendiam a alteração da LPMA. Na ocasião, o CNECV ressaltou que todos os projetos analisados, de forma expressa, propuseram a modificação da redação do nº 1 do artigo 4º da LPMA, seja para suprimir a expressão método subsidiário, seja para disciplinar de modo diametralmente oposto que as técnicas de PMA são um método alternativo ou complementar de procriação, a transformar o paradigma até então vigente, calcado no dogma do acesso à PMA por razões médicas.

³¹⁸ O conselheiro Tiago Duarte, ao final do parecer 87/CNECV/2016, reconhece no seu voto que o CNECV não enfrentou, no aludido parecer, o fato da nova legislação autorizar a mulher aceder às técnicas de Procriação Medicamente Assistida fora de uma situação de infertilidade ou num contexto de doença.

Naquela oportunidade, o CNECV explicitou que o princípio da subsidiariedade orienta que as técnicas de PMA constituem um método terapêutico de apoio à reprodução natural, utilizadas por razões médicas, e que é questionável o seu reconhecimento como método alternativo à reprodução natural³¹⁹, por dissociarem o uso de um procedimento médico sem que esteja em causa o favorecimento da saúde humana.

De tudo quanto dito, conclui-se que atualmente coexistem duas vias para as mulheres terem acesso às técnicas de PMA, a depender do *status* e da orientação sexual: se possuir relacionamento com um homem, estaremos diante da hipótese prevista no número 2 do artigo 4º da lei, com a exigência dos requisitos de diagnóstico de infertilidade ou comprovação de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença; se for uma mulher solteira ou em um relacionamento com outra mulher, nenhum requisito será exigido. Nesta última hipótese, caso preencha o requisito de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença genética, poderá vindicar priorização no atendimento no Serviço Nacional de Saúde.

Embora seja fácil sustentar na teoria que, após a mudança promovida pela Lei nº 17/2016, também seja possível ao casal heterossexual utilizar as técnicas de PMA independentemente de diagnóstico de infertilidade, verificamos que a permanência do texto original do nº 2 do artigo 4º da LPMA, bem como as normativas internas que disciplinam a utilização da tecnologia reprodutiva no Sistema Nacional de Saúde levam à conclusão de que o acesso de casais heterossexuais, ao menos na prática médica, permanece atrelado à prévia constatação da infertilidade. De toda sorte, transcorrido um ano de investigação clínica e verificando-se a ausência de gravidez, seja ela voluntária ou não, tal resultado já se mostra suficiente para a comprovação do diagnóstico de infertilidade.

A questão do declínio do princípio da subsidiariedade foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida muito antes da alteração promovida na LPMA no ano de 2016. No parecer 63/CNECV/2012, restou assinalado que o princípio

³¹⁹ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer no 87/CNECV/2016, de março de 2016, pp. 7 e 10-12. O CNECV afirma de forma contundente no parecer que “o alargamento do acesso às técnicas traz consigo um empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”.

da subsidiariedade não é absoluto, posto que a própria lei autoriza o acesso às tecnologias reprodutivas independentemente do diagnóstico de infertilidade³²⁰.

Vera Lúcia Raposo, em sua tese de doutoramento publicada antes da alteração da LPMA de 2016, aduziu que o princípio da subsidiariedade afasta os beneficiários do acesso às técnicas de PMA, se for possível a eles procriar mediante relação sexual sem o risco de transmissão de doenças e sem violação do seu direito fundamental à orientação sexual.

Nesse caso específico, a Autora faz referência à questão de homens e mulheres homossexuais que, em tese, poderiam procriar pelo método tradicional, se não fosse a opção de vida de possuir parceiros do mesmo sexo, reconhecendo a possibilidade da infertilidade social, em contraposição à infertilidade genética ou fisiológica³²¹.

Por mais que a alteração legislativa de 2016 não tenha extirpado a referência contida na Lei nº 32/06 no tocante à procriação medicamente assistida como método subsidiário e não alternativo de constituição de prole, o acréscimo de dispositivo que autoriza o uso das tecnologias reprodutivas por mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade levou à doutrina portuguesa considerar a derrogação implícita do princípio da subsidiariedade³²².

Certamente, a permanência, no mesmo dispositivo legal, dos números 1, 2 e 3 do artigo 4º da Lei nº 32/06³²³, revela uma incongruência legislativa que não foi resolvida pelo acórdão nº 225/2018, do Tribunal Constitucional.

De toda sorte, a partir da alteração promovida, pode-se considerar que, atualmente, o diploma legal deixa à liberalidade da mulher a escolha do método de procriação que melhor lhe agrada, como mais uma alternativa possível: a gravidez natural ou a gravidez medicamente assistida. A escolha por um método ou outro, no que diz

³²⁰ Conselho Nacional de Ética sobre as Ciências da Vida, Parecer nº 63/CNECV/2012, de março de 2012, p. 5.

³²¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito, op. cit.*, pp. 730-731.

³²² HELENA MOTA, A gestação, in *Debatendo a procriação medicamente assistida: Possibilidades e restrições*, Coord. Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, nota de rodapé pp. 66-67.

³²³ O número 1 do artigo 4º da Lei 32/06 diz que “As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”, o número 2 complementa que “A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” para, no fim, o número considerar que “As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”.

respeito à mulher, decorrerá da sua autonomia reprodutiva, sem necessidade de comprovação de uma situação especial de saúde.

Tal premissa, todavia, comporta colmatação pela doutrina e jurisprudência, uma vez que tanto o CNECV como o CNPMA reconhecem que ainda permanece válido o acesso às técnicas de PMA em razão de diagnóstico de infertilidade ou de risco de transmissão de doença grave, por reconhecerem a prioridade desse acesso face a um diagnóstico de saúde em detrimento das escolhas por razões pessoais³²⁴.

Se, independentemente do diagnóstico de infertilidade, o reconhecimento da mulher beneficiária tivesse tido o condão de sepultar definitivamente a investigação da causa médica pela ausência de gravidez, não faria sentido as normativas da administração reconhecerem a prioridade do acesso às técnicas de PMA por razões médicas e/ou publicarem circulares informativas que estabelecem regras para o acesso a consultas de diagnóstico de infertilidade³²⁵.

De todo modo, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo antes do abalo provocado ao princípio da subsidiariedade, a imposição de diagnóstico de infertilidade nunca foi um requisito intransponível para o acesso às técnicas de PMA, posto que casais heterossexuais poderiam, de forma intencional, praticarem relações sexuais com proteção física pelo prazo de um ano, de modo a obterem um diagnóstico médico de ausência de gravidez por causa indeterminada.

Cumprе destacar que a alteração legislativa de 2016 manteve no artigo 19º da LPMA a regra de que somente poderá ser utilizada inseminação com sêmen de doador no caso de não poder obter-se a gravidez de outra forma, o que, de alguma maneira repristina o caráter subsidiário da técnica de PMA, ao menos no que tange à inseminação heteróloga.³²⁶

³²⁴ Em sentido contrário, VERA LÚCIA RAPOSO, *Dá-me licença*, *op. cit.*, p. 15, que entende que após a alteração legislativa, os n.ºs 1 e 2 do artigo 4º da LPMA existem como figuras decorativas, sem efeitos práticos para a vida real.

³²⁵ Como é o caso da Circular Informativa n.º 4/2021/ACSS, de 04 de março, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições extraordinárias 2020/2021 para o acesso ao diagnóstico e tratamento da infertilidade.

³²⁶ O Decreto Regulamentar n.º 6/2016, em que pese não estipular o caráter subsidiário ou secundário das modalidades de inseminação heteróloga e da gestação de substituição, determina no n.º 1 do artigo 5º a priorização da modalidade de inseminação artificial em detrimento de outras técnicas de PMA. No mesmo sentido do caráter subsidiário da inseminação heteróloga, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Filho (s) de um gameta menor? Procriação Medicamente Assistida heteróloga, *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, p. 33.

A impossibilidade de escolha do método de inseminação heteróloga sem comprovação prévia de ausência de gravidez impõe um requisito adicional para o seu acesso, ao reservar tal emprego somente após comprovação de que os outros métodos de procriação, seja a tradicional ou com recurso a outras modalidades de PMA, falharam.

Saliente-se que o Decreto Regulamentar nº 06/2016, nos considerandos que antecedem à descrição dos artigos, fez constar que a aplicação das técnicas de PMA com dispensa da comprovação de infertilidade autoriza privilegiar a inseminação artificial em detrimento das demais modalidades de PMA, o que novamente demonstra uma reserva ou ao menos uma hierarquização das modalidades de tecnologias reprodutivas disponíveis.

De igual modo, persiste no texto legal dispositivo que trata da gestação de substituição (que, de logo, esclareça-se, não será objeto de apreciação no presente estudo, por se tratar de modalidade de contrato em que se aplica uma tecnologia reprodutiva com características peculiares e possui quadro normativo diverso das demais técnicas de PMA), “só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”³²⁷.

Em que pese parte da doutrina citada considerar que a alteração promovida pela Lei nº 17/2016, ao autorizar a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida a todas as mulheres, independente do diagnóstico de infertilidade, teve como efeito secundário rechaçar o princípio da subsidiariedade, ponderamos que a legislação ainda privilegia o uso reservado de determinados métodos de procriação assistida, não estando disponíveis para a livre escolha da mulher.

Assim, no mínimo no que tange à inseminação heteróloga e à gestação de substituição, se esta última vier a ter novo regulamento legal, o princípio da subsidiariedade persiste sem ressalvas ou abrandamento, na medida em que somente autoriza o acesso a tais tecnologias reprodutivas de forma residual, após comprovar que outras modalidades de PMA ou mesmo o método tradicional de procriação não é viável.

Frise-se, ainda, que a interpretação conferida pelo CNECV e o CNPMA, bem como a própria regulamentação da LPMA não afastam a hipótese de o diagnóstico de

³²⁷ Previsão expressa do número 2 do artigo 8º da LPMA, porém declarada inconstitucional pelo acórdão TC nº 225/2018.

infertilidade para o casal heterossexual aceder às técnicas de PMA e, até mesmo, a privilegiam em detrimento do acesso às técnicas desprovido de indicação médica, ao revelar que o princípio da subsidiariedade, também para o casal heterossexual, permanece íntegro.

No quadro atual, temos que a técnica de PMA se mantém como um método secundário para a constituição de prole para a mulher em um relacionamento heterossexual e subsiste como critério de acesso às técnicas de inseminação heteróloga e gestação de substituição. Também à mulher solteira e ao casal de mulheres que almejem prioridade no acesso às tecnologias reprodutivas no serviço público de saúde é salutar a comprovação de razões médicas.

Sem dúvida, a ampliação do rol de beneficiários das técnicas de PMA, com a inclusão da mulher solteira e do casal de mulheres como possíveis usuárias das tecnologias reprodutivas, teve o condão de relativizar o princípio da subsidiariedade, posto que para esses casos não se exigirá o diagnóstico de infertilidade, por razões de notória ausência do gameta masculino. No entanto consideramos que permanece a possibilidade de comprovação de tratamento de doença grave e de risco de transmissão de doença genética.

Para além do alargamento dos pretendentes à PMA, a autorização legal para o acesso às técnicas sem a necessária correlação com uma condição especial de saúde, põe fim ao dogma de que a infertilidade é uma doença e que as técnicas de procriação medicamente assistida são o tratamento ou a terapia indicada.

Dessa forma é de se questionar: com o reconhecimento do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida por razões outras que não médicas e, por consequência, o afastamento da peculiaridade terapêutica do procedimento, subsiste a obrigação de o Estado garantir o acesso às técnicas de PMA através do serviço público de saúde?

Já tivemos a oportunidade de expor, no item 1.4 do primeiro capítulo, que o direito a procriar por meio das técnicas de procriação medicamente assistida não repousa fundamento no direito à proteção da saúde, posto que as tecnologias de reprodução são utilizadas como ferramenta para a concretização da escolha reprodutiva e da capacidade de autodeterminação, e não para a preservação ou promoção da condição de saúde.

Assim, não estando atrelado ao direito fundamental à proteção da saúde, que reconhecidamente possui uma dimensão social, no sentido de exigir do Estado prestações positivas com vistas à melhoria da saúde, como justificar a oferta das técnicas de procriação medicamente assistida no Serviço Nacional de Saúde?

À partida, os direitos fundamentais de constituir família, previsto n° 1 do artigo 36 da CRP, e de desenvolvimento da personalidade, previsto no n° 1 do artigo 26 da CRP, direitos reconhecidos como de liberdade cívica, dos quais é deduzido direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida, não demandam uma prestação positiva do Estado, por padecerem de cariz social³²⁸.

Igualmente, a previsão contida na alínea d) do n° 2 do artigo 67 da CRP não obriga o Estado Português a disponibilizar diretamente as técnicas de procriação medicamente assistida, e sim prover a regulamentação do seu acesso e aplicação, limitando-se na tarefa de organização e de fiscalização do serviço.

Deveras, a introdução do acesso incondicionado às técnicas de PMA, dissociado de uma razão médica, sobretudo no Serviço Nacional de Saúde, comporta reflexão. A opção do gestor público de incluir nas linhas de cuidado à saúde, oferecidas pelo Serviço Nacional, procedimento ou técnica que não revela a concretização do direito à proteção da saúde deixa margem para críticas às escolhas promovidas pelo administrador³²⁹.

Em uma pesquisa de vigilância global realizada no ano de 2018, um dos questionamentos dirigidos aos governos indagava se detinham programa de financiamento público ou reembolso de serviços de reprodução assistida para os procedimentos de PMA sem recomendação médica, ou seja, no caso em que o recurso às técnicas ocorre de forma eletiva, sem indicação terapêutica.

Dos 85 países que responderam à indagação em questão, apenas França, Islândia, Itália, Slovênia e Uruguaçu afirmaram que possuem algum tipo de financiamento público

³²⁸ A distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que identifica os direitos humanos aplicáveis a todas as pessoas e a obrigação dos Estados de criar meios para garanti-los. Acerca da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais no quadro normativo constitucional, JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, *op. cit.* pp. 115-122, enfatiza que os direitos de liberdade são direitos de agir e de decidir, que demandam uma atitude de respeito e de não interferência; já os direitos sociais são direitos de exigir, que envolvem a prestação de serviços pelo Estado. De toda forma, o Autor considera que os direitos de liberdade e os direitos sociais pertencem ao mesmo axioma constitucional, por ambos partilhar a qualificação de direitos fundamentais.

³²⁹ MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current challenges*, *op. cit.*, p. 5, enfatiza que é legítima a racionalização do uso de recursos públicos na área da saúde, posto que a alocação de recursos para um determinado propósito, invariavelmente impedirá a sua utilização para o tratamento de outras doenças.

para o recurso às técnicas de PMA sem recomendação médica e, ainda assim, sem cobrir todas as modalidades de PMA disponíveis. Por curioso, consta na tabela de compilação dos dados que Portugal informou que desconhecia a resposta para o questionamento³³⁰.

A escolha do leque de serviços a serem disponibilizados no SNS demanda uma análise complexa que envolve perquirir os principais agravos à saúde da população, graduá-los de acordo com o impacto que causam na qualidade de vida do indivíduo e o risco à vida subjacente, equalizado com o exame dos custos e benefícios³³¹.

O Banco Mundial, em duas oportunidades³³², já se debruçou na criação de parâmetros para a alocação de recursos públicos no sistema de saúde baseado na lógica de custo-benefício, de forma a indicar quais as linhas de cuidado essenciais à proteção da saúde melhor impactam no desempenho dos indicadores de desenvolvimento dos Estados.

De forma contundente, o segundo relatório, datado do ano de 2000, concluiu que, embora o Banco Mundial, na área da saúde, atue como financiador externo para custear serviços de saúde reprodutiva em diversos Estados, não é possível deduzir qual o conjunto de intervenções na área influencia, de forma significativa, os resultados de saúde da população em geral³³³.

Ademais, não se pode negar que o direcionamento de recursos públicos em serviços de saúde classificados como terciários ou de alta complexidade, em razão do seu

³³⁰ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice 8ª ed.*, *Global Reproductive Health*, 2019, pp. 25-27, capítulo 3, tabela 3h.

³³¹ JULIO FRENK / OCTÁVIO GÓMEZ-DANTÉS, *Population health and Human Rights, The new england journal of medicine*, Vol. 385, 2021, pp. 866-867, suscitam o debate acerca da existência de um direito humano ao acesso aos serviços de saúde, com a distinção se os Estados são obrigados a garantir o direito à saúde em si ou apenas o acesso aos cuidados de saúde. A diferença entre os indicadores que retratam o mais alto nível de saúde (tais como a expectativa de vida e mortalidade infantil dos países com condições socioeconômicas semelhantes) e o padrão de saúde efetivamente alcançado é que deve nortear as políticas públicas e programas de saúde dos governos, mas também é possível definir as prioridades dos serviços essenciais de saúde através da conjugação dos critérios de custo-benefício, carga da doença (agravo causado à saúde da população) e aceitabilidade social.

³³² Banco Mundial, *World development report 1993: Investing in health*, 1993, e Banco Mundial, *Investing in the best buys: A review of the health, nutrition, and population portfolio FY1993-99*, 2020, p. 7. Os relatórios apontam as melhores compras (ou melhor traduzindo, os melhores investimentos) em saúde pública e serviços clínicos que impactem positivamente nos resultados de saúde da população. Embora os serviços de saúde reprodutiva e o planejamento familiar estejam bem avaliados no ranking, as definições das intervenções nessas linhas de cuidado não incluem a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, e sim a qualidade do pré-natal e da assistência ao parto, cuidados obstétricos essenciais e informação sobre uso de contraceptivos.

³³³ Banco Mundial, *Investing in the best buys*, *op. cit.*, p. 18.

alto custo, deduz grande fatia do orçamento destinado a bens e serviços de saúde vinculados à atenção primária ou básica, que se dirige a um maior número de pessoas, em especial à população menos favorecida³³⁴.

Como já mencionado no capítulo primeiro, o comentário geral nº 14 do Comitê sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, que delimita o alcance do direito de toda pessoa desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental, previsto no artigo 12º do Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, não enumera, dentre as obrigações essenciais dos Estados, o dever de ofertar bens e serviços de saúde que incluam o uso de técnicas de procriação medicamente assistida.

Em um cenário de limitação de recursos e de implantação gradativa dos direitos sociais, a política pública ou o programa de governo que aloca recursos financeiros para assegurar a realização plena do direito reprodutivo pelo Estado, em detrimento de outras linhas de cuidado incontestes à saúde, pode soar controverso³³⁵.

Não é desarrazoado pensar que o Serviço Nacional de Saúde deve disponibilizar apenas o acesso dos beneficiários às técnicas de PMA que demonstrem razões médicas³³⁶ para a utilização da tecnologia reprodutiva, o que inclui o diagnóstico de infertilidade, o tratamento de doença grave e o risco de transmissão de doença genética, de forma a legitimar, ao menos no serviço público, a integralidade do princípio da subsidiariedade³³⁷.

³³⁴ JUDITH ASHER, *The right to health: A resource manual for NGOs*, 2010, p. 51.

³³⁵ Acerca da escolha das linhas de cuidados de saúde a serem ofertadas no SNS, JORGE REIS NOVAIS, *Constituição e Serviço Nacional de Saúde*, Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Vol. 4, nº 11, 2010, pp. 87-88 e 100-101, esclarece que a generalidade do Serviço Nacional de Saúde impõe a obrigação de ofertar todas as linhas de cuidados de saúde de que o cidadão necessita, porém reconhece que, no cenário de limitação de recursos financeiros, o legislador que aprova o orçamento da saúde dispõe de uma margem de decisão para planejar a distribuição dos recursos. Por sua vez, MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, op. cit., pp. 56-57, são enfáticos ao admitirem que o legislador pode optar por não incluir no SNS a prestação de serviço cuja eficácia clínica não esteja completamente comprovada, quando existir outras medidas menos onerosas para o alcance do resultado, ou mesmo proceder a um exame de custo-benefício para justificar a exclusão de determinados serviços de saúde.

³³⁶ BRIGHAM, K. BERG et. al., *The diversity of regulation*, op. cit., p. 670, informa que a Dinamarca e a Finlândia condicionam o financiamento público das técnicas de PMA à existência de razões médicas.

³³⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito à imortalidade*, op. cit., p. 190, aponta, contudo, que alguns estudos demonstram a vantajosidade para os Estados europeus financiarem as técnicas de PMA, em razão da criança nascida com recurso à tecnologia reprodutiva, quando atingir a idade adulta, retribuir o gasto público inicial com força produtiva e pagamento de impostos.

2.2 Usuários ou beneficiários das técnicas

O fato de o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida poder ser deduzido dos direitos fundamentais previstos no n° 1 do artigo 36° (direito de constituir família) e no n° 1 do artigo 26° (direito ao desenvolvimento da personalidade), acrescido da previsão constitucional que obriga o Estado Português a regulamentar a procriação assistida (alínea d) do n° 2 do artigo 67°), todos da Constituição Portuguesa, converge para o seu reconhecimento como um direito fundamental de titularidade universal^{338 339}. De igual modo, o reconhecimento dos direitos reprodutivos como um direito humano reforça o seu caráter universal³⁴⁰.

A inclusão da oferta das tecnologias reprodutivas no âmbito do Sistema Nacional de Saúde também sugere a universalidade, tal como previsto na alínea a) do n° 2 do artigo 64° da CRP³⁴¹, com o estabelecimento de critérios que garantam o acesso equitativo aos cuidados de saúde³⁴².

No entanto, conforme será referido, o direito a procriar através das técnicas de PMA não está disponível em Portugal a todos os indivíduos, sobretudo aos homens, em situação de igualdade³⁴³.

³³⁸ Embora a Constituição Portuguesa não liste expressamente o direito fundamental à procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida, é possível deduzir o seu caráter fundamental face a regra da cláusula aberta ou não tipicidade dos direitos fundamentais, inserta no n° 1 do artigo 16° da CRP.

³³⁹ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais, op cit.*, p. 279, ensina que o princípio da universalidade preconiza que todas as pessoas são destinatárias dos direitos previsto na Constituição. O mesmo Autor, em *Os novos paradigmas do Estado social*, conferência proferida em 28/09/2011, Belo Horizonte, XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2011, p. 12, assinala que os direitos sociais são universais, embora seja difícil efetivá-los com a mesma intensidade.

³⁴⁰ Como vimos no capítulo primeiro, a Conferência internacional sobre população e desenvolvimento de Cairo, do ano de 1994, é apontada como o marco inaugural do reconhecimento dos direitos reprodutivos como um direito humano.

³⁴¹ JORGE REIS NOVAIS, *Constituição e Serviço Nacional de Saúde, op. cit.*, pp.87-88, ensina que não pairam dúvidas de que o atributo da universalidade impõe a obrigação dos serviços prestados pelo Serviço Nacional de Saúde serem dirigidos a todos os cidadãos.

³⁴² Conforme previsão expressa na alínea b) do número 1 da Base II da Lei n° 48/1990, de 24 de agosto, nomeada de Lei de bases da saúde.

³⁴³ VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito à imortalidade, op. cit.*, pp. 696-698, considera que a exclusão do indivíduo singular e do casal homossexual dos beneficiários das técnicas de PMA constitui uma restrição legislativa questionável, posto que restringe o âmbito de proteção do preceito fundamental sem justificação adequada, a contrariar o artigo 18 da CRP. Frise-se que a Autora publicou o estudo antes da alteração promovida na LPMA de 2016, que alargou o âmbito dos beneficiários para reconhecer a mulher e o casal homossexual feminino como usuárias das técnicas de PMA, permanecendo a crítica válida em relação ao homem singular e o casal homossexual masculino.

A primeira versão da Lei Portuguesa sobre Procriação Medicamente Assistida, datada de 2006, reservou o acesso às técnicas de PMA aos casais heterossexuais casados, não separados judicialmente ou que vivessem em união de fato há pelo menos 2 anos. Na ocasião, o diagnóstico de infertilidade, o tratamento de doença grave ou a comprovação de risco de transmissão de doença genética valiam para os beneficiários acederem às técnicas, sem exceções³⁴⁴.

Assim, a LPMA em Portugal, no seu nascedouro, elegeu a mulher infértil, inserida em uma relação estável com um homem, como a usuária apta a utilizar os métodos de procriação medicamente assistida^{345 346}.

Com a aprovação, no ano de 2010, da Lei nº 9/2010³⁴⁷, que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Ética sobre as Ciências da Vida passou a considerar a possibilidade de casais homossexuais terem acesso às tecnologias reprodutivas e sugeriu ao legislador que apresentasse fundamento jurídico para manter a restrição de acesso aos casais homossexuais e às pessoas individualmente consideradas às técnicas de PMA, taxando-a de arbitrária e censurável³⁴⁸.

³⁴⁴ A título de comparação, a Espanha, desde a redação original da sua Lei nº 14/2006, assegurou às mulheres, independentemente do estado civil e da orientação sexual, o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, o que só veio a ocorrer em Portugal 10 anos depois, com a alteração promovida na Lei nº 32/2006. A Espanha passou a permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo após a edição da Lei nº 13/2005, que alterou o Código Civil Espanhol, enquanto Portugal só veio a reconhecer o casamento homossexual no ano de 2010.

³⁴⁵ SUSANA SILVA / HELENA MACHADO, A governação dos pacientes adequados no acesso à procriação medicamente assistida em Portugal, *Sociologia, Problemas e Práticas*, Vol. 62, 2010, pp. 81-83. As Autoras evidenciam que as restrições ao acesso às técnicas de PMA são justificadas, dentre outros fatores, pela imposição da cultura da heterossexualidade. As Autoras retratam, também, a contradição dos critérios estabelecidos para selecionar o paciente adequado para a aplicação das tecnologias reprodutivas.

³⁴⁶ O que levou ao jurista JORGE DUARTE PINHEIRO, *Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal*, in *Textos de Direito da Família*, Coimbra, 2016, p. 364, referir que a LPMA acolheu a lógica da biparentalidade, ao não dissociar a filiação da criança a ser concebida através de técnicas de PMA da determinação da maternidade e da paternidade. O Supremo Tribunal de Justiça português, por ocasião do julgamento do processo nº 2790/16.0T8VFX.L1.S1, ocorrido em 6 de novembro de 2018, também reconheceu que o número 1 do artigo 6º da LPMA estabelece a regra da biparentalidade.

³⁴⁷ Portugal, Lei nº 9/2010, de 31 de maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com ROSAMUND SHREEVES, *The rights of LGBTI people in the European Union*, European Parliamentary Research Service, 2020, p. 6, treze Estados-membros da União Europeia permitem o casamento civil de pessoa do mesmo sexo, sendo eles: Holanda (desde 2001), Bélgica (2003), Espanha (2005), Suécia (2009), Portugal (2010), Dinamarca (2012), França (2013) Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Finlândia (2017), Malta (2017), Alemanha (2017) e Áustria (2018). Dos restantes Estados-membros, a maioria reconhece a união de fato de pessoas do mesmo sexo, com exceção da Bulgária, Letônia, Lituânia, Polónia, Romênia e Eslováquia.

³⁴⁸ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer nº 63/CNECV/2012, de março de 2012, pp. 4-6.

O CNECV aduziu que o argumento de possível instrumentalização da pessoa, caso autorizado o acesso de casais homossexuais ou das pessoas singulares às tecnologias reprodutivas, calcado na perspectiva do aumento de doadores de material genético do contrato de gestação, essenciais à obtenção do gameta ausente, também se aplica aos casais heterossexuais e, portanto, não pode servir como justificativa para a exclusão dos casais de pessoas do mesmo sexo.

Nesse momento, em que pese o CNECV tenha reconhecido que o Estado pode definir restrições de acesso ao serviço público de PMA baseadas na faixa etária, considerou que vedar, por absoluto, o acesso de casais homossexuais e pessoas singulares às tecnologias reprodutivas desenvolvidas por clínicas particulares consiste em verdadeira discriminação³⁴⁹.

Como resposta, o legislador editou a Lei nº 17/2016, que excluiu a exigência do prazo de dois anos de união estável e reconheceu a mulher solteira, bem como o casal de mulheres como beneficiárias das técnicas de PMA, porém nada mencionou sobre a possibilidade de o homem singular e o casal de homens utilizarem a tecnologia reprodutiva.

Em uma leitura açodada do artigo 4º da LPMA, poder-se-ia pensar, de início, que a legislação não teria vedado o acesso do homem solteiro ou do casal de homens às técnicas de PMA, por não mencionar, expressamente, a sua exclusão do rol de beneficiários.

Com uma técnica legislativa questionável, a LPMA aparentemente não vedou aos homens o acesso às tecnologias reprodutivas, sobretudo em razão do nº 3 do artigo 4º constar que “as técnicas de PMA podem *ainda* ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”, a induzir que, com a inclusão da palavra *ainda*, os homens solteiros e casal de homens poderiam ser enquadrados no nº 2 do referido artigo.

Ocorre que não é essa a solução plasmada na LPMA, posto que, em que pese ser possível sustentar a possibilidade de o homem enquadrar-se na hipótese prevista no nº 2 do artigo 4º, o legislador, de forma proposital, não mencionou no artigo 6º o homem

³⁴⁹ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer 63/CNECV/2012, p. 7.

solteiro ou o casal de homens como beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida.

Fato é que, sem qualquer titubeio, toda a doutrina nacional citada no presente capítulo considera que a interpretação sistêmica do texto legal leva à conclusão de que o homem solteiro e o casal de homens foram tolhidos do elenco de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, a necessitar da associação a uma mulher em um relacionamento para aceder à tecnologia reprodutiva.

Não é por acaso que os beneficiários autorizados a acederem às técnicas de PMA, ao menos no início, coincidiram com o modelo de família tradicional, retratando uma questão ideológica³⁵⁰. Mesmo a abertura gradual do rol de legitimados para o acesso do casal heterossexual em união estável, independentemente de prazo de duração do relacionamento, da mulher solteira e do casal de mulheres, não soluciona satisfatoriamente a questão, por ressaltar ainda mais a incoerência da exclusão do homem singular e do casal homossexual masculino no acesso às tecnologias reprodutivas³⁵¹.

A solução encontrada pela lei parece retratar um preceito moral, a revelar clara discriminação ao estado civil e à orientação sexual do indivíduo³⁵²: se o homem estiver em um relacionamento com uma mulher, poderá usufruir das tecnologias reprodutivas; por outro lado, se possuir relacionamento com outro homem ou não possuir relacionamento algum, ser-lhe-á tolhida por completo a possibilidade de realização de um projeto parental por meio das técnicas de PMA.

No entanto, a situação do casal de mulheres é muito similar a do casal de homens, em que ambos necessitam do gameta oposto para a reprodução, bem como do indivíduo

³⁵⁰ Nesse sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à imortalidade*, *op. cit.*, p. 699; AMÉLIA AUGUSTO, *A regulação da reprodução*, *op. cit.*, p. 55. SUSANA SILVA / HELENA MACHADO, *A governação dos pacientes*, *op.cit.*, p. 88, descrevem que o ordenamento jurídico português reflete uma idealização social que defende a complementaridade do binômio masculino-feminino como essencial à formação da personalidade da criança.

³⁵¹ ANA PAULA GUIMARÃES, *Procriação medicamente assistida e homossexualidade na lei e na imprensa portuguesa*, in *Voces alternativas: Investigación multidisciplinar en comunicación y cultura*, Sevilha, 2017, p. 148, pp. 143-157, refere que homens gozam da mesma vocação e possuem as mesmas habilidades das mulheres para o exercício da parentalidade.

³⁵² BRIGHAM, K. BERG *et. al.*, *The diversity of regulation*, *op. cit.*, p. 668, mencionam que restrições ao acesso às técnicas de PMA que somente legitimem casais heterossexuais tendem a reforçar as normas familiares tradicionais, embora na Europa exista uma tendência social à abertura dos arranjos familiares alternativos.

transgênero, que teve reconhecida a possibilidade de mudança de sexo e alteração do nome no registro civil através da Lei nº 7/2011, de 15 de março³⁵³.

Afinal, qual a justificativa da legislação em negar reconhecer amplamente o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida por aqueles que não dispõem de parceiro apto à reprodução, de modo a bloquear o acesso às tecnologias reprodutivas ao homem singular e ao casal de homem, bem como ao público LGBTQIA+^{354 355}?

O relatório da Federação Internacional das Sociedades de Fertilidade (IFFS), publicado no ano de 2019, que descreve as tendências globais em políticas e práticas reprodutivas, referiu que dos 84 Estados que ofereceram resposta às indagações do formulário, 52 Estados reconheceram a ausência de necessidade de união heterossexual para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida em seus territórios. No entanto, ao serem questionados acerca das categorias beneficiárias das tecnologias reprodutivas, apenas 13 dos 52 Estados declararam a disponibilidade da PMA a homens solteiros, mulheres solteiras, casais de homens e mulheres do mesmo sexo e indivíduos trans e intersexuais³⁵⁶.

Na referida pesquisa, Portugal reconheceu o acesso à PMA para mulheres solteiras ou casais de mulheres, porém declarou que homens solteiros e casais de homens não são beneficiários das técnicas³⁵⁷.

³⁵³ Portugal, Lei nº 7/2011, de 15 de março, que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registro civil.

³⁵⁴ De acordo com DAVID A. KLEIN *et al*, *Providing quality family planning services to LGBTQIA individuals: A systematic review*, *Contraception*, Vol. 97, nº 5, 2018, pp. 378-380, a sigla atual representa o grupo de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgênero, queer ou questionador, intersexo, assexual, sendo que o símbolo de adição ao final aparece para incluir outras identidades de gênero e orientações sexuais que não se encaixam na listagem anterior.

³⁵⁵ GUIDO DE WERT *et al*, *ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people*, *Human reproduction*, Vol. 29, nº 9, 2014, p. 1860, esclarece que embora a maioria das pessoas transexuais formem relacionamento heterossexual após a mudança de sexo, algumas podem manter um relacionamento homossexual, a demandar o uso das tecnologias reprodutivas para a constituição de prole.

³⁵⁶ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 39. O relatório IFFS é elaborado através de uma pesquisa trienal, que avalia as práticas de PMA de forma global, convidando os representantes das tecnologias reprodutivas nos Estados a informarem seus dados sobre política e prática reprodutiva.

³⁵⁷ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 45. DEBORA DINIZ / ROSELY GOMES COSTA, *Infertilidade e infecundidade: Acesso às novas tecnologias conceptivas*, in *Feminismo e novas tecnologias reprodutivas*, 2006, p. 56, referem que no regime jurídico adotado na América Latina, o acesso de homens e mulheres sozinhos e casais homossexuais a serviços públicos de PMA é mais restrito do que nas clínicas particulares, em que a lógica de mercado faz ceder possíveis restrições de orientação sexual.

A Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero³⁵⁸, em que pese reconhecer que a União Europeia não possui, atualmente, uma política abrangente para proteger os direitos fundamentais das pessoas LGBTI, tampouco ter discorrido sobre a temática sob o viés dos direitos reprodutivos, dispôs expressamente que os Estados-membros devem ter em consideração as pessoas LGBTI³⁵⁹ na programação da política nacional de saúde, sem discriminação no acesso a bens e serviços públicos³⁶⁰.

De forma semelhante, o comentário geral nº 14, do Comitê das Nações Unidas sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, proíbe toda discriminação ao acesso a bens e serviços de saúde, em especial por motivo de sexo ou orientação sexual, e recomenda que os Estados incorporem a perspectiva de gênero em suas políticas e programas de saúde, de forma a minorar as desigualdades³⁶¹.

No entanto, sem enfrentar diretamente a questão, o CNECV optou, no parecer 87/CNECV/2016, por afirmar que a ausência de previsão do homem solteiro e do casal homossexual masculino do rol de beneficiários não se trataria de discriminação de gênero,

³⁵⁸ União Europeia, Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero (2013/2183(INI)). De acordo com ROSAMUND SHREEVES, *The rights of LGBTI people, op cit.*, p. 4, a União Europeia reconhece que a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos estabelece um catálogo de direitos fundamentais para todos, o que inclui os grupos LGBTI, e que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi um dos primeiros documentos internacionais dos direitos humanos a proibir a discriminação baseada na orientação sexual, conforme previsão expressa do seu artigo 21º. Por curioso, o Autor afirma que a União Europeia reconhece que não possui normativa para combater a discriminação específica do transgênero, que pode ou não ter se submetido a cirurgia de mudança de sexo, como por exemplo o travesti, e o intersexo, de modo que não há um consenso se a legislação da UE tutela os direitos do transgênero e do intersexo na clausula geral de não discriminação. Ainda, afirma que de acordo com o considerando 22 da Diretiva 2000/78/ CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral para a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, cada Estado-membro pode dispor livremente em sua legislação doméstica sobre o reconhecimento do estado civil, do direito de adoção e do acesso às tecnologias reprodutivas pelos grupos LGBTI. A ausência de uma diretiva geral antidiscriminação por parte da União Europeia que aborde diretamente a questão dos direitos reprodutivos pertencentes ao público LGBT permite perdurar as divergências nas legislações dos Estados-membros.

³⁵⁹ Sigla que ainda utilizada pela União Europeia para nomear os grupos com referência a sua identidade de gênero.

³⁶⁰ Frise-se que, em que pese considerarmos que o direito a procriar com o uso das técnicas de PMA não é deduzido do direito à saúde, o fato é que as modalidades de procriação assistida são oferecidas na maioria dos Estados e em especial, em Portugal, pelo serviço público de saúde.

³⁶¹ Nações Unidas, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, *op. cit.*, p. 8, número 20.

posto que as técnicas de PMA são pensadas para intervenção no corpo feminino e, portanto, somente as mulheres seriam destinatárias das tecnologias reprodutivas³⁶².

Nesse ponto, reputa-se que a justificativa apresentada pelo CNECV na análise das alterações promovidas pelo alargamento dos beneficiários implicou reconhecer que os homens solteiros e o casal de homens estão excluídos, *ab initio*, do âmbito de proteção do direito fundamental a procriar por meio das técnicas de procriação medicamente assistida, em uma clara aplicação da teoria dos limites imanentes³⁶³.

Ocorre que é um contrassenso admitir o homem pertencente ao casal heterossexual como beneficiário das técnicas de PMA e, ao mesmo tempo, sugerir que somente a mulher seria destinatária das tecnologias reprodutivas. O homem também é suscetível de incapacidade para a fecundação, a demandar o manuseio de técnicas de PMA em suas células reprodutivas em laboratório, ou mesmo intervenção direta no seu corpo.

Ademais, consideramos que as mesmas razões que justificam o acesso de mulheres solteiras e de casal de mulheres às técnicas de PMA, assistam aos homens solteiros e ao casal de homens.

Se foi permitido o acesso à PMA em benefício do projeto parental individual de uma mulher só, independentemente de diagnóstico clínico de infertilidade, qual a justificativa para não considerar o projeto parental individual do homem solteiro? Se o suposto direito do filho ao reconhecimento da filiação biparental (maternidade e paternidade), restou mitigado pelo direito de a mãe solteira acessar às técnicas de PMA³⁶⁴,

³⁶² Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, parecer 87/CNECV/2016, pp. 11-12. O CNECV argumenta que no que toca aos beneficiários das técnicas, não é necessário avaliar a questão em confronto com o princípio da igualdade e da não discriminação, posto que somente as mulheres são beneficiárias das técnicas de PMA, por suportarem a aplicação do procedimento. Mais adiante, é afirmado no parecer que a mulher não é beneficiária exclusiva das técnicas de PMA, com o intuito de concluir que o filho a ser concebido também o é. Sem constrangimento, o CNECV não enfrenta e não questiona a ausência de reconhecimento pela LPMA do homem solteiro ou o casal de homem como beneficiário das tecnologias reprodutivas.

³⁶³ Sobre limites imanentes, ver nota de rodapé nº 18 do presente capítulo.

³⁶⁴ A Associação Portuguesa de Bioética, no documento denominado Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre procriação medicamente assistida, de 06 de dezembro de 2005, p. 5, enumerou o direito da criança a ser concebida com recurso às técnicas de PMA a usufruir de uma filiação biparental. No entanto, não há como negar que um suposto direito ao reconhecimento da filiação biparental, ou dupla parentalidade, por décadas não reina absoluto, por vários motivos: as legislações nacionais já consolidaram a possibilidade de adoção unilateral, por pedido individual; sempre existiu a situação do reconhecimento unilateral do parentesco, em que o segundo progenitor não estabelece ou reconhece a filiação; é crescente o fenômeno da multiparentalidade, em que os Tribunais domésticos autorizam o registro de nascimento com uma segunda maternidade ou uma segunda paternidade, como nos casos de casais homossexuais que

estabelecendo filiação exclusivamente materna, em que há menção na certidão de nascimento de apenas um progenitor, por que não é reconhecido ao homem solteiro estabelecer com o filho a ser concebido através das técnicas de PMA similar filiação avulsa?

O Comitê de ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva – ASRM, publicou, em 2021, um estudo que afirma que o interesse em constituir prole é comum para indivíduos e casais, independentemente de orientação sexual, e conclui que não há evidências científicas de que o desenvolvimento, a adaptação e o bem-estar das crianças são afetados pelo estado civil ou orientação sexual dos pais³⁶⁵.

De igual forma, a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia – ESHRE, defende que a negativa prévia de acesso a determinados grupos de pessoas, em especial a casais homossexuais masculinos e transexuais, não se coaduna com a perspectiva dos direitos humanos, e que restrições de acesso às tecnologias reprodutivas por determinados grupos de pessoas, por incidir no direito à autonomia reprodutiva destes, somente são toleradas se houver evidências científicas que comprovem a ocorrência de prejuízos às pessoas envolvidas, nomeadamente à futura criança, aos colaboradores (a mãe substituta e os doadores de gametas) ou aos próprios candidatos às técnicas de PMA³⁶⁶.

recorrem a doação de gametas para a inseminação artificial, para o reconhecimento da filiação do companheiro ou da companheira que não possui vínculo biológico com a criança, ou do doador que estabelece com o casal e a criança laços sócio-afetivos, termo utilizado com frequência pela doutrina brasileira. Para aprofundamento do tema e exemplos de filiação multiparental nos Estados Unidos, Canadá, Brasil e Espanha, ver GUILHERME DE OLIVEIRA, Critério jurídicos de parentalidade, in *Textos de Direito da Família*, Coimbra, 2016, pp. 290-297 e 303-305. Por curioso, o Autor não enumera exemplo de multiparentalidade ocorrido em Portugal, e ao final conclui que, embora o ordenamento jurídico português contenha dispositivos aptos a acolher a multiparentalidade, o sistema português ainda não reconhece a dupla maternidade, a dupla paternidade ou a multiparentalidade. Convém pontuar, entretanto, que o texto foi escrito em data anterior ao reconhecimento legal da adoção por casais homossexuais. JORGE DUARTE PINHEIRO, O direito da família, *op. cit.*, p. 161, afirma que a constituição da filiação biológica é assentada na biparentalidade e a determinação da parentalidade com o uso de técnicas de PMA admite a biparentalidade ou a monoparentalidade materna, como ocorre no caso de a mulher solteira recorrer à tecnologia reprodutiva. VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, pp. 07-09, por sua vez, posiciona-se contrária a existência de um direito à biparentalidade, posto não ser assegurado à criança o direito a ter um nome materno e paterno na sua certidão de nascimento, ou o direito a nascer em uma formação específica de família, e sim lhe é assegurado o direito a ter um cuidador.

³⁶⁵ ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Access to fertility treatment irrespective of marital status, sexual orientation, or gender identity: an Ethics Committee opinion*, Fertility and Sterility, Vol. 116, nº 2, 2021, p. 327. O Comitê de Ética, ao final, afirma que o estado civil e a identidade de gênero, por serem irrelevantes para a proteção e o cuidado com a criança a ser concebida e, portanto, não afetar os interesses dos envolvidos na reprodução, não deve ser um critério de elegibilidade para o acesso às técnicas de PMA.

³⁶⁶ GUIDO DE WERT *et al*, *ESHRE Task Force op. cit.*, p. 1860. No referido documento, a ESHRE refere ainda que as clínicas de reprodução humana tendem a aceitar a mulher e o casal de mulheres como

O mundo atual não comporta levantar argumentos sobre uma suposta capacidade restrita da mulher para exercer a filiação exclusiva. Homens e mulheres estão sujeitos a desenvolver as mesmas habilidades e competências e a partilhar os mesmos obstáculos no exercício da maternidade ou paternidade solitárias. Outrossim, as preocupações acerca de possível ocorrência de danos psicológicos à criança a ser concebida com recurso à PMA por pertencer a uma família não tradicional ou padronizada não restaram confirmadas por estudos científicos³⁶⁷.

A avaliação da capacidade psicológica e da potencial aptidão para a educação e os cuidados com os filhos a serem concebidos pelos pretendentes ao uso das técnicas de PMA, por meio de uma triagem nas clínicas de reprodução humana, sem julgamentos morais acerca do estado civil e da orientação sexual, aparenta ser um critério mais justo de restrição da porta de entrada do que negar, em absoluto, o uso das tecnologias reprodutivas por homens e casais de homens. Investigar a qualidade dos vínculos familiares, que inclui a rede de apoio e proteção de que a criança poderá se beneficiar, é mais importante do que escrutinar o formato de constituição da família³⁶⁸.

Não se pode negar a profusão de famílias diversas do modelo tradicional atualmente existentes, sob as mais diversas roupagens e formatação. A própria Lei da adoção de Portugal, Lei nº 143/2015, de 08 de setembro³⁶⁹, autoriza o indivíduo singular estabelecer com o filho adotado filiação única, a comprovar que o ordenamento jurídico português, há muito tempo, não impõe a obrigatoriedade da dupla parentalidade.

Acrescente-se que o reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo levou à legalização de inúmeros núcleos familiares estáveis, a maioria detentores de indiscutível desejo de constituir prole. Assim, como justificar a essas famílias a

pretendentes às técnicas de PMA mais facilmente do que o casal de homens, o que, para nós, sugere uma estigmatização dos conceitos e padrões morais, que fatalmente influenciou o legislador português.

³⁶⁷ GUIDO DE WERT *et al*, *ESHRE Task Force, op. cit.*, p. 1860, e ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Access to fertility, op. cit.*, p. 327. Em ambos os estudos, foi afirmado a ausência de achados científicos sobre a presença de danos psicossociais nas crianças concebidas por PMA no seio de famílias não convencionais.

³⁶⁸ GUIDO DE WERT *et al*, *ESHRE Task Force, op. cit.*, pp. 1861 e 1863. A ESHR defende que seria responsabilidade do profissional médico, no caso concreto, avaliar a capacidade do pretendente às técnicas de PMA de não criar danos previsíveis às crianças a serem concebidas à luz das evidências científicas disponíveis.

³⁶⁹ Lei nº 143/2015, de 8 de setembro, que alterou o nº 2 do artigo 1979º do Código Civil Português:
2 - Pode ainda adotar quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos.

impossibilidade de usufruir das técnicas de PMA, por motivo exclusivo da orientação sexual, sem que estejamos diante de flagrante violação ao princípio da igualdade³⁷⁰?

A justificativa não possui cariz científico, posto que já desenvolvida tecnologia reprodutiva, nomeadamente a gestação de substituição, que comporta acolher a situação dos indivíduos que foram excluídos do âmbito de beneficiários das técnicas de PMA.

Mesmo que a LPMA tenha estabelecido critérios para o acesso à gestação de substituição direcionados à beneficiária mulher, nomeadamente, ausência, lesão ou doença do útero que impeça a gravidez ou em situações clínicas que o justifiquem, consideramos que, caso o homem solteiro ou o casal de homens fossem elevados à categoria de beneficiários das técnicas de PMA, poderiam recorrer à modalidade de gestação de substituição pela via de outras “situações clínicas que o justifiquem”.

No entanto não se pode deixar de pontuar que o artigo 8º da LPMA, que trata do regime jurídico da gestação de substituição, foi declarado inconstitucional pelo acórdão nº 225/2018, do Tribunal Constitucional³⁷¹, por considerar que a regulamentação legal não ponderou adequadamente o direito contratual dos beneficiários, o direito ao desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação reprodutiva de todos os envolvidos e, principalmente, a necessidade de proteção da dignidade da gestante de substituição³⁷².

A declaração de inconstitucionalidade do regime previsto para a gestação de substituição, todavia, não retira a possibilidade da modalidade de PMA um dia voltar a ser aplicada em Portugal. Maria Margarida Silva Pereira considera que o Parlamento poderá aprovar nova lei que regulamente a gestação de substituição, desde que conforme à CRP e obedeça às balizas firmadas no acórdão nº 225/2018, já que a Corte

³⁷⁰ No ano de 2004, o nº 2 do artigo 13º da CRP foi alterado para incluir expressamente no princípio da igualdade a menção da proibição de tratamento distinto por motivo de orientação sexual, nos seguintes termos: “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

³⁷¹ Em data posterior, o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 465/2019, de 18 de setembro de 2019, ao se debruçar na análise de projeto de lei que almejava reprimir regras sobre a gestação de substituição, mais uma vez reafirmou a inconstitucionalidade de dispositivo que não permite a gestante de substituição revogar o seu consentimento depois de iniciado o procedimento da PMA.

³⁷² MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, 2ª ed., rev. e atuali., Lisboa, 2018, pp. 806 e 812-813. Por curioso, a Autora esclarece que durante a curta vigência do quadro legal da gestação de substituição em Portugal, período de julho de 2016 à abril de 2018, não houve nascimento de crianças com recurso à gestação de substituição.

Constitucional não rechaçou a técnica por completo, mas sim como a questão foi emoldurada na LPMA³⁷³.

Assim, caso a técnica de gestação de substituição volte a ser regulamentada em Portugal, o homem solteiro ou o casal de homens, em tese, poderiam se beneficiar da modalidade de PMA e, até mesmo, estabelecer vínculo biológico com o filho a ser concebido, caso utilizado o gameta masculino de um dos beneficiários na fecundação.

Pesquisas científicas já demonstram a possibilidade de transplantes de útero propiciarem uma posterior gravidez na mulher receptora³⁷⁴. A possibilidade de transplante de útero seria uma alternativa de reprodução assistida no caso de ausência do órgão ou mesmo no caso de transformação de transexuais masculinos em femininos. O avanço da técnica do transplante de útero poderá resultar no declínio da utilização da gestação de substituição, se não fosse tão onerosa e a obtenção de doadora não fosse tão complexa³⁷⁵.

Importa ressaltar que, no que toca à equidade de acesso às técnicas de PMA pelas beneficiárias reconhecidas por lei, a LPMA também as tratou de forma desigual. Já foi dito que mesmo se à mulher solteira ou em um relacionamento com outra mulher fosse solicitado um diagnóstico de infertilidade, poderia sustentar a seu favor a impossibilidade orgânica de reprodução, o que equivaleria a uma infertilidade permanente, por total ausência do gameta masculino, mesmo que o exame dos seus óvulos não aponte para uma ausência de capacidade para a fecundação.

Ou seja, mesmo que fosse exigido um diagnóstico de infertilidade, a mulher solteira e o casal de mulheres estariam, em tese, autorizadas a acessar as técnicas de PMA em razão do seu estatuto social, sendo dispensável o aprofundamento da causa clínica, posto que a infertilidade social resta patente; o que, ao final, equivale a uma situação de beneficiárias universais³⁷⁶ das técnicas de PMA, por restarem amplamente autorizadas a utilizar as tecnologias reprodutivas sem o estabelecimento de qualquer condição prévia.

³⁷³ MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, op. cit, p. 814.

³⁷⁴ VALARIE K. BLAKE, *Ovaries, testicles, and uterus, Oh My! Regulating reproductive tissue transplants*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19, nº 2, 2013, pp. 353-393.

³⁷⁵ Para que o transplante de útero cumpra o fim de propiciar uma gestação futura na transexual receptora, é primordial que a doadora tenha idade fértil e sua concretização resultará na impossibilidade de a doadora gerar filhos. Por tal motivo, é mais fácil se pensar em doação de útero *post mortem*, o que também não deixa de ter complicações relativas ao consentimento e a manutenção da função vital do órgão.

³⁷⁶ O adjetivo universal, acrescido à palavra beneficiária, tem ao propósito de significar que a mulher solteira ou em um relacionamento homossexual, em tese, está apta a acessar todas as modalidades de PMA,

Tentativas de regulamentação do acesso às técnicas de PMA no âmbito do serviço público que prestigiem nas listas de espera as situações que comprovem razões médicas diversas da infertilidade social ou da infertilidade por escolha são, portanto, aconselhadas, sob pena de as mulheres em um relacionamento heterossexual, por motivo da exigência adicional de diagnóstico médico para a utilização das tecnologias reprodutivas, suportarem mais tempo para o acesso às técnicas no serviço de saúde.

O alargamento do âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, a contemplar as mulheres solteiras e o casal de mulheres, para além de deteriorar o já maltratado princípio da subsidiariedade, tornou mais gritante o carácter discriminatório do acesso às tecnologias reprodutivas, por negar, em absoluto, a um determinado grupo de pessoas, o acesso aos cuidados de saúde reprodutiva.

A medicina reprodutiva, assim como outras especialidades médicas, há muito já superou o requisito inicial de utilização das tecnologias somente por questões de saúde, já estando legitimado o seu uso por razões não médicas, como no caso de incapacidade de gerar prole por opções outras que não decorrem da falta de desejo de ter filhos, como no caso de pessoas do mesmo sexo optarem por se relacionarem³⁷⁷.

Afinal, qual a justificativa coerente para se proibir, em solo português, que o homem solteiro e o casal de homens constituam prole biologicamente relacionada com recurso às técnicas de PMA, prática que fatalmente incrementa o turismo reprodutivo?³⁷⁸

Conforme visto, as sociedades europeia e americana que se debruçam sobre a reprodução assistida consideram que as restrições ao direito à autonomia reprodutiva dos indivíduos em geral só se justificam na presença de fundada comprovação de danos graves para as futuras crianças, o que, no estágio atual, carece de evidências científicas.

Por certo, as técnicas de procriação medicamente assistida, em Portugal, não são desfrutadas igualmente por todos, porquanto ainda subsiste proibição de utilização por

independente de requisito prévio, fazendo correlação com a expressão doador universal, em que o indivíduo pode ser doador de sangue para todas as tipagens sanguíneas.

³⁷⁷ Nos dias atuais, com o reconhecimento da homossexualidade como um traço da identidade pessoal desprovida da categorização outrora de doença, se questiona inclusive se o relacionamento com pessoas do mesmo sexo seria uma escolha pessoal ou simplesmente exercício da autonomia e identidade.

³⁷⁸ Já tivemos oportunidade de discorrer sobre o turismo reprodutivo no primeiro capítulo. De acordo com o Programa de Ação da Conferência do Cairo, dos direitos reprodutivos decorre a obrigação do Estado de coibir a exploração sexual advinda do turismo reprodutivo. Para a *European Society of Human Reproduction and Embryology* – ESHRE, o termo mais apropriado para as divergências constantes nas legislações dos Estados acerca do acesso à PMA, que fomenta a saída de nacionais para o estrangeiro em busca do acesso às tecnologias reprodutivas, consiste em cuidados reprodutivos transfronteiriços.

homens solteiros e casais de homens, acrescido do público LGBTQIA+, sendo o desafio atual do Estado português equalizar o acesso à procriação medicamente assistida sem violação ao direito à orientação sexual.

2.3 Critérios de elegibilidade: idade, número de ciclos e utilização simultânea

A doutrina portuguesa denomina de critérios de elegibilidade a fixação de requisitos para o acesso à tecnologia reprodutiva. Dentre os requisitos complementares exigidos para o acesso às técnicas de PMA, destacamos a idade, o número de ciclos e a vedação de utilização das técnicas de PMA de forma recíproca ou simultânea no casal de mulheres.

Note-se que não há limite de idade para a procriação natural. Homens e mulheres em idade avançada, sem o uso das técnicas de procriação medicamente assistida, podem tornar-se pais a qualquer momento, bastando contar com a ajuda da fertilidade natural.

No entanto o mesmo não ocorre no acesso às técnicas de PMA. Além de Portugal, diversos Estados europeus condicionam o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida à idade do beneficiário, ao menos no caso de as tecnologias reprodutivas serem disponibilizadas com financiamento público³⁷⁹. No caso específico de Portugal, coexistem dois limites máximos de idade distintos para o acesso às técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde e no setor privado.

A idade, portanto, constitui um critério que limita o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, baseado em uma característica pessoal dos beneficiários das tecnologias reprodutivas.

Vera Lúcia Raposo considera que enquanto o estabelecimento de limite etário mínimo para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida não gera questionamentos por motivo de, em geral, as legislações dos Estados o fazerem coincidir

³⁷⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, pp. 07-09, lista que Bélgica, Portugal, Áustria, Espanha, Itália, Suíça, Islândia e Finlândia, de forma explícita ou não, excluem mulheres mais velhas do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

com o marco da maioridade legal, a fixação de idade máxima para o recurso às tecnologias reprodutivas é apresentada como um problema jurídico³⁸⁰.

Em particular, a Lei nº 32/2006 não faz referência à idade máxima para mulheres e homens acessarem as técnicas de procriação medicamente assistida, apenas limita a idade mínima de 18 anos para os beneficiários. Por conseguinte, o Decreto Regulamentar nº 6/2016 não discorre sobre a idade mínima ou máxima para o acesso às técnicas de PMA, embora mencione no seu artigo 7º que podem ser estabelecidas prioridades com base em critérios objetivos para o acesso à tecnologia reprodutiva.

São circulares normativas internas, em especial a 15/2019/DPS/ACSS e a 4/2021/ACSS, da Administração Central do Sistema de Saúde³⁸¹ ³⁸², bem como deliberações do CNPMA, que estipulam critérios etários para o acesso de mulheres e homens às técnicas de PMA.

Conforme veremos adiante, as normativas de distintos órgãos revelam divergências de entendimento no tocante ao estabelecimento de limite de idade para o acesso a modalidades consideradas de 1ª e de 2ª linha de cuidado no Serviço Nacional de Saúde: quanto à utilidade da fixação de idade máxima para o homem e à definição de limites etários uniformes para o serviço público e o setor privado³⁸³.

Para além de ausência de consensos, observa-se que o marco etário admite flexibilização pelos mais variados motivos, o que demonstra a fragilidade do estabelecimento de um corte inexorável para o tema.

³⁸⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, p. 6.

³⁸¹ Circular Normativa nº 15/2019/DPS/ACSS, de 07 de novembro, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições e procedimentos de pagamento das prestações de saúde realizadas aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde que devam ser cobradas pelas Instituições Hospitalares ao abrigo do Contrato-Programa 2019, p. 45, e Circular Informativa nº 4/2021/ACSS, de 04 de março, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições extraordinárias 2020/2021 para o acesso ao diagnóstico e tratamento da infertilidade.

³⁸² De acordo com MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde, op. cit.*, p.103, a Administração Central do Sistema de Saúde é um instituto público pertencente a administração indireta do Estado que executa a gestão financeira do sistema de saúde e a gestão dos recursos humanos da saúde, com a atribuição de definir, planejar e implementar a política pública na área da saúde.

³⁸³ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, deliberação CNPMA 15-II/2017, de 20 de outubro, dispôs, para além do limite etário para acesso das mulheres às técnicas de PMA, que não há justificativa para que centros de PMA público e privados disponham de limites de idade diverso para o acesso às tecnologias reprodutivas, sob pena de inequívoca violação do princípio da igualdade. Consideramos que a deliberação nº 05/III, de 11 de outubro, 2019, que reapreciou o limite de idade do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, não revogou a deliberação 15-II/2017, posto que somente tratou do limite etário masculino, permanecendo válida as considerações da deliberação CNPMA 15-II/2017 que não contrariem a manifestação mais recente.

Certamente, parece mais fácil apresentar em normativas internas administrativas restrições de acesso à PMA, no sistema público de saúde suportado pelo Estado, com fundamento na escassez dos recursos financeiros, do que explicitar em um diploma legal a restrição geral por motivo de idade do beneficiário da tecnologia reprodutiva.

Em um estudo promovido para comparar os critérios de elegibilidade para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida em 13 Estados europeus, considerou-se que Portugal, Áustria, Alemanha, Finlândia, Espanha e Reino Unido não adotam na legislação limite de idade máximo para o beneficiário recorrer às tecnologias reprodutivas, enquanto que os outros sete, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Itália, Suécia e Holanda fixaram em lei uma idade máxima ou a vinculação ao período fértil do beneficiário³⁸⁴.

No entanto, conforme será desenvolvido adiante, a ausência da fixação, em lei, da idade máxima para o acesso às técnicas de PMA, não impediu a utilização do fator etário como um critério de elegibilidade ao acesso às técnicas de PMA.

No tocante ao requisito mínimo de idade e tempo de duração de relacionamento para franquear o acesso às tecnologias reprodutivas, forçoso reconhecer que o quadro legal de acesso à PMA em Portugal, comparado com a moldura adotada para o instituto da adoção, é mais permissivo, posto que do pretendente à adoção se exige a idade mínima de 25 anos e o casamento ou a união de fato há mais de 04 anos, enquanto para o acesso à PMA basta a idade de 18 anos, sendo irrelevante a duração do relacionamento do casal beneficiário³⁸⁵.

O Ministério da Saúde, através do Despacho n° 14788/2008, de 6 de maio, e da Portaria n° 154/2009, de 9 de fevereiro, instituiu o projeto de incentivos à procriação medicamente assistida, estabelecendo que a referida política pública será desenvolvida pelo Programa Nacional de Saúde Reprodutiva, vinculado à Direção Geral de Saúde³⁸⁶.

No que se refere à idade máxima para acesso às técnicas de PMA, a Circular Normativa n° 9/2010, de 12 de agosto, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições de pagamento das prestações de saúde realizadas no âmbito do SNS, limitou, pela primeira vez, por meio de um documento administrativo, a idade de

³⁸⁴ K. BERG BRIGHAM *et. al.*, *The diversity*, *op. cit.*, p. 669.

³⁸⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família*, *op. cit.*, p. 173.

³⁸⁶ Portugal, Despacho n° 14788/2008, de 6 de maio, da Ministra da Saúde.

42 anos para a mulher ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida classificadas como de 1º linha de cuidados de saúde (indução de ovulação e inseminação intrauterina) e a idade de 40 anos para a mulher ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida classificadas como de 2ª linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozoide), dentro do Sistema Nacional de Saúde³⁸⁷. O mesmo documento, em que pese autorizar o acesso da mulher à consulta médica de infertilidade com qualquer idade, vedou o acesso a casais heterossexuais com mais de um filho em comum às técnicas de PMA pelo serviço público de saúde³⁸⁸.

Por curioso, a Circular Normativa nº 7/2009, de 5 de agosto, que tratou igualmente das condições de pagamento das prestações de saúde realizadas no âmbito do SNS e publicada após a criação do Programa Nacional de Saúde Reprodutiva, apesar de contemplar a tabela dos custos a serem desembolsados pelo Estado pela utilização das técnicas de PMA no âmbito dos centros conveniados e referenciados, não estipulou o limite de idade máximo para a mulher acessar os procedimentos.

Note-se que a limitação etária imposta pela Administração a partir do ano de 2010 é tão somente para o gênero feminino e no tocante ao acesso às técnicas de PMA com custeio público através do Serviço Nacional de Saúde. A normativa não estabelece qualquer limite etário ao acesso às técnicas pelos indivíduos do sexo masculino, bem como o acesso de beneficiários de ambos os sexos às técnicas de PMA desenvolvidas por entes privados.

Tal fato confirma a propensão em só se reconhecer a mulher como legítima beneficiária das técnicas de PMA, por motivo dos procedimentos incidirem em maior evidência no seu corpo, mesmo que o homem em um relacionamento heterossexual seja expressamente reconhecido como beneficiário das tecnologias reprodutivas.

No entanto consideramos que o fato de só a mulher desenvolver a gravidez não implica afirmar que o homem não é destinatário das técnicas de PMA.

³⁸⁷ Portugal, Circular Normativa nº 09/2010, de 12 de agosto, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata do Programa específico para a melhoria do acesso ao diagnóstico e tratamento da infertilidade, disponível em <http://www2.acss.min-saude.pt/>.

³⁸⁸ As mesmas regras de limitação de idade máxima da mulher e de negativa de acesso à casais heterossexuais com mais de 1 filho em comum às técnicas de PMA no serviço público de saúde foram repetidas nas circulares normativas publicadas sucessivamente no decorrer dos anos, a partir do ano de 2010. Para o ano de 2021, permanece em vigor a Circular Normativa nº 4/2021, de 04 de março, da Administração Central do Sistema de Saúde.

Nos primórdios do desenvolvimento da medicina da reprodução, acreditava-se que a infertilidade recaía, com exclusividade, no corpo feminino; entretanto, a partir da década de 90, os estudos apontaram que a qualidade do sémen pode provocar a ausência de gravidez³⁸⁹. Assim, as técnicas de PMA também podem ser aplicadas no corpo masculino, como no caso de recolha invasiva de gametas, ou mesmo a manipulação em laboratório de material genético exclusivo masculino, com vistas a tratar ou selecionar gametas masculinos com potencial para desenvolver uma gravidez.

Embora seja razoável pensar que a mulher deva utilizar as técnicas de procriação medicamente assistida enquanto persistir a sua fecundidade natural ou antes da chegada da menopausa³⁹⁰, é importante relembrar que as tecnologias reprodutivas foram desenvolvidas para auxiliar a constituição de prole justamente nos casos em que, por algum motivo, seja constatada dificuldade para engravidar pelo método tradicional.

No mundo contemporâneo, em que cada vez se exige mais em termos profissionais de homens e mulheres e que a expectativa de vida contribui para o prolongamento do convívio em família, não é raro uma mulher optar pela maternidade tardia. Assim, a fixação de corte etário para o acesso das mulheres às técnicas de procriação medicamente assistida que faça coincidir com o advento da menopausa restringe o acesso delas justamente no momento em que o uso das tecnologias reprodutivas faça mais sentido.

Por isso, concordamos que argumentos tendentes a justificar a limitação etária para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida fundados no suposto prejuízo causado ao filho por motivo da idade avançada da genitora não estão sintonizados com o estágio atual de desenvolvimento da sociedade³⁹¹.

De modo geral, estipula-se que a mulher possui fecundidade natural durante a faixa etária de 20 a 44 anos³⁹². É curioso, então, observar que a LPMA autorize o acesso

³⁸⁹ SHERYL ZIEMIN VAN DER POEL, *The HRP Special Programme and Infertility*, in *Gynecologic and Obstetric Investigation*, nº 74, 2012, p. 221.

³⁹⁰ De acordo com BERNARD L. HARLOW / LISA B. SIGNORELLO, *Factors associated with early menopause*, *Maturitas*, Vol. 35, nº 1, 2000, p. 3, a menopausa é iniciada após 12 meses ininterruptos com ausência de período menstrual.

³⁹¹ Também nesse sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, p. 9, que refere que se culturalmente presenciamos núcleos familiares em que os avós são responsáveis pela educação e cuidados com as crianças, não faz sentido restringir o acesso à PMA por suposta incapacidade da mãe, em idade avançada, de cuidar do seu filho.

³⁹² K. BERG BRIGHAM *et. al.*, *The diversity*, *op. cit.* p. 667.

de todas as mulheres às técnicas de procriação medicamente assistida, independentemente de diagnóstico de infertilidade; no entanto, no momento que estiver próxima do limiar da infertilidade por motivo da menopausa, é considerada inelegível pelo serviço de saúde como beneficiária da tecnologia reprodutiva.

É importante lembrar os diversos casos de mulheres que atingiram a menopausa precocemente, fenômeno comum nos dias atuais atribuído às condições ambientais, ao uso de cigarros e à exposição à poluição. O uso prolongado de anticoncepcionais orais, por sua vez, está associado à menopausa tardia, por ter o efeito de poupar óvulos a cada ciclo menstrual³⁹³. Assim, as legislações que não estipulam idade limite para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, porém exigem que a beneficiária não tenha atingido o limite natural da fecundidade, também estabelecem restrições de acesso à PMA as quais podem ser alvo de críticas.

Por mais que a limitação etária para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida no Sistema Nacional de Saúde objective direcionar o orçamento público para as hipóteses consideradas de maior sucesso, estar a beneficiária dentro da faixa natural de fecundidade, por si só, não determina o alcance da gravidez.

A idade avançada da beneficiária constitui, tão somente, mais uma variável que as técnicas de procriação medicamente assistida se dispõem a superar, que deve ser levada em consideração pelo profissional médico no momento de escolha da linha de cuidado reprodutivo a ser adotada com fundamento na taxa esperada de sucesso da gravidez, e não como um limite taxativo para o acesso às tecnologias reprodutivas.

De fato, não há consenso na fixação da idade máxima a ser adotada como critério de elegibilidade das candidatas às técnicas de PMA, seja no âmbito doméstico, seja no cenário internacional, e cada serviço de saúde, mesmo que restrito ao serviço público, tende a utilizar suas próprias regras³⁹⁴.

³⁹³ E. R. TE VELDE *et.al*, *Age at menopause as a marker of reproductive ageing*, *Maturitas*, Vol. 30, nº 2., 1998, p. 122, pp. 119-125, referem que o estilo de vida e o uso de tabaco antecipam a menopausa, enquanto o uso a longo prazo de anticoncepcionais orais tende a atrasar a menopausa. No mesmo sentido, BERNARD L. HARLOW / LISA B. SIGNORELLO, *Factors associated with early menopause*, *op. cit.*, pp. 5-6.

³⁹⁴ JUDIT SÁNDOR, *A retórica*, *op.cit.*, p. 26, afirma que na Dinamarca as técnicas de PMA só podem ser usadas em pessoas com menos de 45 e anos e na Grécia o limite é de 50 anos. SUSANA SILVA / HELENA MACHADO, *A governação dos pacientes*, *op.cit.*, p. 89, descreve que um dos médicos entrevistados reconhece que na prática médica, variados argumentos técnicos, médicos, econômicos, biológicos, éticos, sociais e organizacionais são utilizados para determinar o limite etário aceitável de uma mulher para o acesso às técnicas de PMA.

O Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de enfrentar o tema da ausência de fixação, pela LPMA, de limite máximo de idade para os beneficiários que recorreram às técnicas de PMA. No acórdão nº 101/2009, de 03 de março³⁹⁵, ao analisar a constitucionalidade do nº 2 do artigo 6º da Lei nº 32/2006 (LPMA), sob o aspecto da ausência de delimitação de idade máxima para os beneficiários das técnicas, considerou que o legislador adotou um limite implícito, mesmo sem definir idade exata, equivalente ao final do período fértil, posto que a exigência, que na época vigorava na lei de prévio diagnóstico de infertilidade para franquear o acesso às técnicas de PMA, só teria causa se o candidato se encontrasse dentro da janela de fecundidade.

Dito em outras palavras, o TC entendeu que a investigação médica que busque constatar a infertilidade só tem sentido se os pretendentes estiverem dentro da faixa natural de fecundidade, o que, para as mulheres, tem o seu fim determinado pela menopausa.

Ademais, o TC referiu que outras regras da LPMA também convergem para o reconhecimento de um limite implícito de idade para o uso das tecnologias reprodutivas, na medida em que a obrigatoriedade de esclarecimento aos participantes dos riscos médicos e sociais envolvidos desautoriza a utilização das técnicas de PMA que resultem em uma gravidez em idade avançada, por notório agravo à saúde da gestante e do bebê.

A referência expressa contida no acórdão acerca das implicações médicas e sociais sobre os riscos que envolvem o uso das tecnologias reprodutivas, demonstra que o TC acolhe a ideia de que a análise de custo-benefício não se circunscreve à análise técnico-científica do risco em termos biomédicos, sob o ponto de vista exclusivo da potencial lesividade à saúde, mas também considera relevantes os riscos psicológicos, emocionais e financeiros advindos do uso da tecnologia reprodutiva³⁹⁶.

A decisão do TC de 2009 merece créditos por enfrentar esse e outros temas dramáticos, como a questão do direito ao conhecimento da origem genética que, em que

³⁹⁵ Tribunal Constitucional, acórdão nº 101/2009, de 03 de março.

³⁹⁶ AMÉLIA AUGUSTO, *Reprodução medicamente assistida: Da definição dos riscos médico à construção do risco social*, in *Mundos sociais: Saberes e práticas*, 2008, pp. 315-316, descreve que, na análise dos riscos que envolvem o uso das tecnologias reprodutivas, é usual a análise exclusiva dos riscos médicos, nomeadamente a gravidez múltipla, com o consequente aumento de parto de bebês prematuros e com baixo peso; síndrome de hiperestimulação ovariana, que pode conduzir ao câncer de útero; riscos de infecções, de perturbações urinárias, de ferimento visceral e trauma ovárico seguidos de hemorragia. Ao final, a Autora questiona qual seria, afinal, o risco médico aceitável, e se não estaria a ocorrer a normalização do risco, sem a necessária análise dos riscos sociais, culturais e históricos.

pese a importância, não é o escopo do presente estudo, mas cumpre ser analisada à luz do contexto apresentado à época.

Com o alargamento do âmbito dos beneficiários e o conseqüente abrandamento da exigência de diagnóstico de infertilidade, não mais é possível sustentar que os usos das tecnologias reprodutivas estão adstritos ao limiar da menopausa. Conforme sustentamos ao longo do capítulo, a mulher solteira e o casal de mulheres poderão acessar as técnicas de PMA sem prévia investigação acerca da sua condição de fertilidade.

De forma semelhante, o atual desenvolvimento das tecnologias reprodutivas não mais permite afirmar que toda gravidez de mulher de 40 ou 42 anos trará riscos acentuados à saúde do binômio mãe-bebê.

Diversamente do quanto asseverado pelo Tribunal Constitucional, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, no parecer relativo ao projeto do decreto que regulamenta a LPMA³⁹⁷, posicionou-se contrário à ausência, na lei, de delimitação expressa da idade máxima para o acesso às técnicas de PMA, com vistas a impedir o uso abusivo ou mesmo para evitar riscos à saúde das beneficiárias e das crianças resultantes da aplicação das tecnologias reprodutivas³⁹⁸.

Para além do estabelecimento de critérios etários para o acesso de mulheres às técnicas de PMA, conforme a classificação da linha de cuidado pelo Serviço Nacional de Saúde, o CNPMA também publicou algumas deliberações que tratam da questão dos limites de idade para o acesso, de mulheres e homens, às tecnologias reprodutivas, as quais não necessariamente coincidem com as mesmas regras ditadas pela Administração Pública³⁹⁹.

³⁹⁷ Parecer sem numeração, de 10 de novembro de 2016, do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da lei nº 17/2016, de 20 de junho.

³⁹⁸ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, parecer sem numeração, de 10 de novembro de 2016, relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da Lei nº 17/2016, de 20 de junho, p. 2.

³⁹⁹ Mesmo antes das referidas Deliberações, seja para tentar fixar limite etário ao homem beneficiário para o acesso à PMA, seja a mais recente que fixa limite etário à mulher, o CNPMA sempre se manifestou favorável à fixação de limites e restrições ao acesso à PMA através do Serviço Nacional de Saúde com vistas a uma gestão eficiente dos recursos públicos, conforme comprova Deliberação nº 04/II, de 19 de julho de 2013, que tratou da admissibilidade do recurso a embriões doados quando se atingirem os limites de acesso para a realização das técnicas de PMA no âmbito do SNS.

Em relação ao homem, o CNPMA, através da Deliberação nº 03/II, de 19 de junho de 2013⁴⁰⁰, havia decidido por fixar, com fulcro na alínea b) do nº 2 do artigo 30º da LPMA⁴⁰¹, o limite máximo de 60 anos para o homem beneficiário (ou seja, somente aquele inserido em um relacionamento heterossexual por meio de casamento ou união estável) acessar as técnicas de PMA.

Na referida deliberação, o CNPMA reconhece que o legislador não exerceu a sua competência para estipular uma idade máxima para o recurso às técnicas de PMA, porém considerou que o Conselho o poderia fazer no exercício da atribuição residual e justificou a escolha da idade de 60 anos em analogia à regra prevista no artigo 1979º do Código Civil português que fixa a idade máxima na adoção.

No entanto, é importante ressaltar que a regra aplicada na adoção é a de que a idade limite do adotante deve ser de 60 anos, conjugada com a imposição da diferença de idade entre o adotante e o adotado não ser superior a 50 anos.

Caso se entendesse que o limite máximo etário para a adoção devesse ser aplicado ao acesso às técnicas de PMA, dever-se-ia fixar a idade máxima para a utilização das técnicas de PMA em 50 anos, para que a diferença de idade entre os beneficiários das técnicas e a criança não seja superior a 50 anos, conforme determina a regra imposta à adoção⁴⁰².

Sucedo, assim, que a correta aplicação por analogia da regra prevista na adoção para efeito de acesso à PMA deveria considerar o limite máximo para o acesso às técnicas médicas em 50 anos, sob pena de não atender por completo o preceito paradigma.

De notar ainda que a fixação de limite de idade máxima do homem em 60 anos possui grandes chances de ser inobservada no caso de inseminação *post mortem*, em que o falecido é considerado genitor da criança para todos os efeitos legais.

⁴⁰⁰ Portugal, Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, Deliberação nº 03/II, de 19 de julho de 2013, que tratou da definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, revogada, disponível para consulta em <http://www.cnpma.org.pt>.

⁴⁰¹ A alínea b) do nº 2 do artigo 30º da LPMA confere ao CNPMA a atribuição de estabelecer condições para autorizar os centros de saúde ministrarem as técnicas de PMA.

⁴⁰² As críticas feitas por JORGE DUARTE PINHEIRO em *O direito da família, op. cit*, p. 173, quanto às distinções existentes entre as idades estabelecidas para o acesso à PMA e a adoção, faz parecer que o Autor entende que devesse ser aplicado o limite máximo da adoção no acesso às técnicas de PMA.

No entanto, no ano de 2019, o CNPMA reviu o posicionamento adotado em 2013 quanto à fixação de limite de idade do homem e, por meio da Deliberação nº 05/III/2019, de 11 de outubro⁴⁰³, decidiu não mais estabelecer idade máxima para o beneficiário homem utilizar as técnicas de PMA, sob a justificativa de que a limitação etária outrora imposta ao elemento masculino não mais se adequava ao novo quadro legal instituído⁴⁰⁴.

Desta feita, o CNPMA, sob a alegação, dentre outros motivos, de que a maioria dos Estados europeus não limita a idade máxima do homem para aceder às técnicas de PMA, concluiu por revogar expressamente o corte etário masculino estabelecido anteriormente em 60 anos e esclareceu que compete ao profissional médico avaliar a contraindicação do acesso do homem às técnicas de PMA por motivo de idade.

No tocante às mulheres, o CNPMA, por meio da deliberação 15/II, de 2017⁴⁰⁵, invocando novamente o poder atribuído pela alínea b) do nº 2 do artigo 30º da LPMA, entendeu por fixar em caráter geral e abstrato o limite etário para a mulher ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, tanto nos centros de saúde públicos ou privados, como sendo o de 50 anos incompletos⁴⁰⁶ na data da realização da técnica médica em específico.

A referida deliberação, ainda em vigor, apresenta como justificativa para a escolha do limite máximo de idade da mulher para utilizar as técnicas de PMA em 50 anos incompletos a situação natural objetiva da fisiologia das mulheres alcançada pela menopausa e o princípio do superior interesse da criança. Em relação ao marco da menopausa, considerou-se que a gestação levada a cabo no fim da fase reprodutiva incrementa o risco de patologias impostas ao feto e que, para as mulheres ocidentais, a menopausa normalmente é alcançada aos 50 anos⁴⁰⁷. Em que pese não ter sido

⁴⁰³ CNPMA, Deliberação 5-III/2019, de 11 de outubro, que reaprecia o limite de idade do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.

⁴⁰⁴ Mesmo antes da revogação da Deliberação nº 03/II/2013, VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido, *op. cit.*, p. 214, questionou a legitimidade do CNPMA criar requisitos não previstos em lei para a restrição de direitos reprodutivos. Na oportunidade, a Autora sustentou que o CNPMA já havia revogado a Deliberação nº 03/II/2013 meses após a edição através de um aditamento; no entanto, consideramos que somente no ano de 2019 o CNPMA veio a fazê-lo explicitamente por meio da Deliberação nº 05/III, de 11 de outubro de 2019.

⁴⁰⁵ Portugal, Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, Deliberação nº 15/II, de 20 de outubro de 2017, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias, disponível para consulta em <http://www.cnpma.org.pt>.

⁴⁰⁶ A Deliberação nº 15/II estipula a idade que não ultrapasse a 49 anos e 365 dias, por isso fazemos referência a 50 anos incompletos.

⁴⁰⁷ CATHERINE BIGELOW / ALAN B. COPPERMAN, *Oocyte*, *op. cit.*, p. 187, considera que 51 anos é a idade com que a população em geral atinge a menopausa. De forma semelhante, BERNARD L. HARLOW /

explicitamente esclarecido, ao que parece, a remissão ao preceito do superior interesse da criança revela a intenção de limitar a idade da mulher para impedir que filhos tenham mães com idade avançada.

Na referida deliberação nº 15/II/2017, o CNPMA ainda esclareceu que o limite etário estipulado para as mulheres se aplica, sem distinção, nos centros de saúde pública e privada, sob pena de violação do princípio da igualdade. Foi também dito que o limite etário é uniforme para todas as técnicas de procriação medicamente assistida, sem distinção entre cuidados de saúde de primeira ou segunda linha.

Além do pertinente questionamento acerca da legitimidade de a entidade reguladora independente impor limite ao direito a procriar que, por ser reconhecido como direito fundamental, reclama que restrições ao seu exercício estejam previstas na Constituição, novas dúvidas surgem quanto ao limite etário que deve ser aplicado às mulheres para o acesso às técnicas de PMA por meio do Serviço Nacional de Saúde: se o limite de 50 anos incompletos para toda e qualquer técnica de PMA de acordo com a deliberação do CNPMA do ano de 2017 ou se o limite escalonado, a depender da classificação dada à técnica médica como sendo de primeira ou segunda linha de tratamento, conforme definido desde o ano de 2010 e repetido pela última vez na Circular Normativa nº 4/2021, de 04 de março, da Administração Central do Sistema de Saúde.

No tocante ao limite de idade máximo da mulher para o acesso às técnicas de PMA na iniciativa privada, pode-se considerar que a Administração Central do Sistema de Saúde não detém alçada para regular a relação entre particulares e que o CNPMA, por possuir atribuição para a regulação das técnicas de PMA em todo o território português, pode estipular regras de acesso às tecnologias reprodutivas a serem cumpridas pelas clínicas privadas. Assim, com um pouco menos de polémica, tende-se a não levantar questionamentos acerca da fixação do limite máximo de idade da mulher em 50 anos incompletos para o acesso às técnicas de PMA no âmbito privado, em que pese a discrepância dos limites de idade para o setor público e o privado sempre evocarem a desigualdade no acesso aos serviços de saúde.

De toda sorte, importa ressaltar o quão volátil e heterogêneo se mostra a fixação do limite de idade para o acesso às técnicas de PMA: a Administração Central do Sistema

LISA B. SIGNORELLO, *Factors associated with early menopause*, *op. cit.*, p. 4, consideram que a idade média da menopausa natural é entre 50 e 51 anos.

de Saúde admitiu, no ano de 2009, o acesso às tecnologias reprodutivas sem imposição de limite máximo de idade e, a partir do ano de 2010, estabeleceu a limitação de idade máxima para a mulher acessar as técnicas no SNS, com limite de idade diferenciado a depender da modalidade a ser utilizada. Em relação ao homem, em que pese ser considerado beneficiário das técnicas de PMA, se envolvido em uma relação heterossexual, a administração não considerou necessária a fixação de limite de idade.

Já o CNPMA estabeleceu o limite único de 50 anos incompletos da mulher para o acesso a qualquer modalidade de PMA, e busca a equiparação do corte etário para ambos os serviços público e privado. Em relação ao homem, o CNPMA chegou a fixar a limitação de idade em 60 anos, tendo, no ano de 2019, mudado o entendimento para abandonar a fixação prévia de corte etário, em que pese a mesma justificativa de atender ao melhor interesse da criança, consistente em garantir progenitores que exerçam os cuidados e a educação da criança nas etapas fundamentais de vida, também poder ser aplicada para impedir o acesso de homens em idade avançada às técnicas de PMA.

Além do mosaico de limitações administrativas impostas ao acesso da mulher às técnicas de PMA, sem correspondência no diploma legal, a pandemia da Covid-19 trouxe mais flexibilidade ao questionável critério de elegibilidade.

Em razão da decretação do estado de emergência em Portugal por motivo da pandemia da Covid-19⁴⁰⁸, que ocasionou atrasos inevitáveis no planejamento das consultas e exames eletivos, o Serviço Nacional de Saúde editou a Circular Informativa nº 4/2021/ACSS⁴⁰⁹, que acresceu o prazo de 06 meses, para além do limite de idade imposto anteriormente, para que a mulher possa utilizar as técnicas de PMA⁴¹⁰.

O CNPMA, por sua vez, noticiou que em razão dos atrasos verificados seja por situações de infecção pela Covid-19, seja pela necessidade de isolamento social dos beneficiários das técnicas, solicitou ao Ministro da Saúde a suspensão, por prazo não inferior a um ano, do critério máximo de idade estipulado pela Administração Central do Sistema de Saúde para o acesso da mulher às técnicas de PMA no SNS⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Portugal, Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de março.

⁴⁰⁹ Serviço Nacional de Saúde, Circular Informativa 4/2021/ACSS, de 04 de março de 2021.

⁴¹⁰ Frise-se que o CNPMA também havia deliberado, em 26 de junho de 2020, pelo acréscimo de 6 meses da idade limite para as beneficiárias acederem às técnicas de PMA, em razão de justificados atrasos para a efetivação consultas, exames e procedimentos médicos em geral decorrente da pandemia da Covid-19, conforme notícia publicada em seu endereço eletrônico oficial.

⁴¹¹ Notícia veiculada no endereço eletrônico do CNPMA, acesso em 10/09/2021.

Em momento anterior ao contexto da pandemia da Covid-19, o CNPMA, por meio da Deliberação nº 4-III/2018, de 22 de junho⁴¹², manifestou-se pela possibilidade de transferência de embriões criopreservados resultantes de tratamentos anteriores, para além do limite de 50 anos incompletos da mulher, caso o tratamento anterior não tenha resultado em parto com vida.

Para além da atitude louvável de postergar o limite etário fixado para o acesso das beneficiárias às técnicas de PMA, em decorrência do atraso imposto pela necessidade de isolamento profilático da população em geral, o prolongamento do corte de idade estipulado pelo órgão da administração responsável pela gestão do serviço público de saúde comporta reconhecer uma margem de flexibilidade para o uso das tecnologias reprodutivas no que toca à idade para o acesso às técnicas, dissociadas de razões médicas e do risco à saúde dos envolvidos.

Regulamentos administrativos que oscilam entre estabelecer o limite máximo em 40, 41 ou 42, ou até mesmo em 50 anos, não são indiferentes para a organização do serviço público, sob o ponto de vista financeiro e da gestão dos recursos materiais e humanos disponíveis, tampouco para os beneficiários que desejam se submeter às técnicas de PMA.

Ademais, a permissão para prolongar por mais 6 meses o acesso às técnicas de PMA, mesmo diante de um motivo justo e legítimo como é o caso da decretação do estado de emergência em Portugal, demonstra que é possível a flexibilização do critério de elegibilidade anteriormente previsto, de modo a garantir maior equidade no acesso às tecnologias reprodutivas.

Além da idade máxima, as circulares normativas do Serviço Nacional de Saúde estipulam o número máximo de ciclos reprodutivos⁴¹³ a que as beneficiárias podem se submeter. Nem a LPMA nem o seu Decreto Regulamentar definem o número mínimo ou máximo de ciclos.

⁴¹² CNPMA, Deliberação nº 4-III/2018, de 22 de junho, que estabelece um regime excepcional que admite a transferência de embriões criopreservados quando os beneficiários atingiram os limites etários estabelecidos nas deliberações nº 15- II/2017 e nº 16-II/2017, de 20 de outubro.

⁴¹³ SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES ALVES / CLARA COSTA OLIVEIRA, *Reprodução medicamente assistida: Questões bioéticas*, Revista Bioética, V. 22, 2014, p. 69, explica que para aumentar a taxa de sucesso da implantação ou transferência de embriões, a literatura médica considera que o endométrio deve encontrar-se na fase da janela de implantação, que ocorre entre o 19º e o 22º dia do ciclo menstrual de 28 dias, que se inicia com a descarga sanguínea do útero. A medicina da reprodução contabiliza o ciclo como iniciado com os procedimentos adotados para a recuperação ou captura do óvulo e concluído com a transferência de um ou mais embriões ao útero. Por sua vez, a implantação é caracterizada pela adesão do embrião à parede do endométrio.

A Circular Normativa nº 15/2019/DPS/ACSS, da Administração Central do Sistema de Saúde, confirmada pela Circular Informativa nº 4/2021/ACSS, estabelece o número máximo de 3 ciclos para cada linha de cuidado (1ª linha indução de ovulação e inseminação intrauterina / 2ª linha fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozoide) e para cada beneficiário das técnicas, podendo ser realizados no mesmo ano civil.

Cumpra-se asseverar que as primeiras circulares normativas, em especial a nº 9/2010/ACSS e a 18/2011/UOFC, estabeleceram o número máximo de 3 ciclos para a 1ª linha de tratamento e apenas 1 ciclo para a 2ª linha de tratamento, sem explicitar que a limitação era válida pelo período de um ano ou do ano em exercício.

Embora o estabelecimento de ciclos máximos por beneficiário se justifique diante da limitação dos recursos públicos disponíveis, o tabelamento prévio do número de procedimentos a serem realizados, sem a correspondente avaliação terapêutica do caso, além de limitar o acesso às técnicas de PMA, acarreta na prática médica corrente de transferência de mais de um embrião a cada ciclo realizado no Serviço Nacional de Saúde, na busca de melhores taxas de sucesso de gravidez. Conforme será visto ainda neste capítulo, o número de embriões a ser transferido tem relação direta com a ocorrência de gestação gemelar, com graves riscos sociais e médicos decorrentes.

É um contrassenso pensar que o suposto racionamento de recurso público, pretendido com a limitação do número de ciclos reprodutivos, pode vir a ocasionar maior impacto financeiro no Sistema Nacional de Saúde, no caso de aumento de gravidez gemelar que, com frequência, exige internamento dos bebês em unidade de tratamento intensivo – UTI, por conta da prematuridade e do baixo peso ao nascer.

Por fim, o último critério de elegibilidade a ser mencionado será o caso da utilização recíproca ou simultânea das técnicas de PMA. De acordo com o nº 4 do artigo 6º do Decreto Regulamentar nº 06/2016, não é permitido ao casal de mulheres se submeter às técnicas de PMA de forma simultânea.

De acordo com a regulamentação da LPMA, portanto, o casal de mulheres deve eleger qual delas se submeterá às técnicas de PMA, não podendo ambas se valerem das técnicas em simultâneo pelo Serviço Nacional de Saúde.

Para além da vedação estabelecida comprometer a taxa de sucesso da gravidez pelo casal⁴¹⁴, posto que diminui pela metade a possibilidade de a gestação ocorrer, nota-se que a regra permite fácil violação, no caso de as mulheres se apresentarem no serviço de saúde como pretendentes à maternidade avulsa, a ocultar a existência do relacionamento com outra mulher.

Ainda, a vedação do recurso às técnicas de PMA de forma simultânea pelo casal de mulheres, impede que a criança a ser concebida tenha vínculo biológico com ambas, o que pode ser possível no caso da utilização do óvulo de uma das mulheres ser fecundado em laboratório e transferido para a outra mulher suportar a gravidez.

Nesse sentido, o CNPMA editou a Deliberação nº 13-II/2017⁴¹⁵, em que se posicionou favorável à admissibilidade da fertilização recíproca no casal de mulheres, mesmo diante da vedação contida no Decreto Regulamentar, com vistas a atender ao projeto de maternidade biologicamente partilhado pelo casal de mulheres.

A ausência de consensos entre os Estados europeus acerca da idade máxima adequada para o indivíduo acessar as técnicas de PMA⁴¹⁶, aliada à inexistência de previsão na LPMA do corte etário estabelecido por órgãos da administração pública, levantam dúvidas quanto à legalidade do critério de elegibilidade para o acesso às tecnologias reprodutivas e suscita questionamentos no tocante à suposta tentativa de limitar os beneficiários das técnicas de PMA por motivos de juízo de valor acerca da capacidade física e emocional para a criação e educação da criança a ser concebida, quando outros indicadores, que não o exclusivamente etário, deveriam ser analisados.

A estipulação do número máximo de ciclos a ser autorizado⁴¹⁷, desvinculada da indicação terapêutica para o caso, bem como a vedação de ambas as mulheres do casal

⁴¹⁴ OLIVIA J. CARPINELLO *et al.*, *Utilization of fertility treatment and reproductive choices by lesbian couples*, *Fertility and Sterility*, Vol. 106, nº 7, 2016, pp. 1710-1712, desenvolveu estudo que conclui que as chances de gravidez aumentam se ambas as parceiras do casal de mulheres se submeterem às técnicas de PMA, nomeadamente a inseminação intrauterina e a inseminação heteróloga.

⁴¹⁵ CNPMA, Deliberação nº 13-II/2017, de 27 de janeiro, que dispõe sobre a admissibilidade ao recuso a fertilização recíproca.

⁴¹⁶ De acordo com VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, pp. 07-09, informa que a Bélgica permite a implantação de embriões ou a inseminação em mulher com 48 anos incompletos, na Áustria e Espanha, as mulheres devem iniciar o tratamento no serviço público de saúde antes dos 40 anos e na Suíça, Islândia e Finlândia não há fixação de idade máxima, mas é necessário comprovar que a beneficiária possui capacidade física e estado de saúde que permita suportar a gravidez e o acompanhamento da criança.

⁴¹⁷ K. BERG BRIGHAM *et. al.*, *The diversity*, *op. cit.*, p. 670, aduz que os países europeus, em média, custeiam com recurso público a realização de 3 a 4 ciclos, sendo que a Bélgica abrange cobertura com financiamento público de até 6 ciclos reprodutivos, desde que seja adotada a boa prática médica de transferência única de embrião em cada ciclo.

em se submeterem às técnicas de PMA em simultâneo, a impedir a vinculação biológica da criança a ser concebida com as duas mães, sem que tais hipóteses tenham sido aventadas pelo legislador, também levam a crer que os documentos normativos que as previram ultrapassaram os limites concedidos ao gestor público para a regulamentação legal.

A elegibilidade de critérios, tal como a imposição de limite de idade máximo para o acesso às técnicas, assim como a vedação, por completo, de acesso às tecnologias reprodutivas por homens solteiros ou casais de homens, põem em causa o primado da universalidade do direito fundamental a procriar através das técnicas de PMA.

Pensamos que seja razoável deixar à avaliação médica os argumentos científicos favoráveis e os que desaconselham o recurso à tecnologia reprodutiva por motivo da idade e a quantidade de ciclos a serem utilizados em cada caso, ao invés de órgãos da administração estabelecerem, de forma rígida, um limite de idade e estipularem para todas as situações o número de ciclos suficientes, sem considerar as especificidades do caso e as condições pessoais dos beneficiários, que poderão, apesar da idade, revelarem estatísticas promissoras de gravidez⁴¹⁸.

2.4 Principais modalidades de técnicas de procriação medicamente assistida e controvérsias jurídicas

No verão de 2018, as técnicas de procriação medicamente assistida completaram 40 anos de utilização, e o seu acesso ainda suscita problemas éticos e jurídicos de difícil solução. Naquele marco, estimou-se que 7 milhões de bebês nasceram com recurso às tecnologias reprodutivas⁴¹⁹.

Na pesquisa de vigilância global que coletou dados referentes ao ano de 2018 sobre as práticas de técnicas de PMA e contou com a adesão de 97 países, restou

⁴¹⁸ K. BERG BRIGHAM *et al.*, *The diversity*, *op. cit.*, p. 670, informa que dentre os 06 países europeus que não apresentam limite máximo de idade para o acesso às técnicas de PMA fixado em lei, foram estabelecidos critérios de idade variados por região, tamanho da lista de espera ou outros aspectos considerados pelos centros de saúde, a demonstrar que outros fatores incidem na definição da idade do beneficiário para usufruir das tecnologias reprodutivas.

⁴¹⁹ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 303. ESHRE aponta o nascimento de 07 milhões de bebê através das técnicas de PMA.

confirmada a existência de mais de 6 mil clínicas de reprodução assistida em atuação no mundo⁴²⁰.

De acordo com um relatório elaborado no ano de 2017 sob o patrocínio da Merck, conhecida empresa alemã do ramo farmacêutico, e conduzido pela Sociedade europeia de reprodução humana e embriologia - ESHRE, a infertilidade afeta aproximadamente 25 milhões de pessoas na União Europeia⁴²¹.

Estima-se que, anualmente, são realizados mais de 2 milhões de tratamentos de fertilização *in vitro* no mundo e que, em alguns Estados, as crianças nascidas com recurso às técnicas de PMA representem 5-6% dos nascidos vivos⁴²².

Os dados retratados demonstram que as tecnologias reprodutivas estão em franca expansão, com significativo mercado de potenciais beneficiários das técnicas de PMA.

Para além dos questionamentos que envolvem o uso específico de cada modalidade em si, a generalização da utilização das técnicas de PMA associadas a métodos de engenharia genética implica, muito mais do que o domínio do código genético, a possibilidade de reescrever o código da vida, que valerá para os nascidos por meio das tecnologias reprodutivas.

A constante busca pelo incremento das taxas de sucesso de gravidez move os cientistas a buscarem desenvolver novas técnicas de PMA que, conjugadas entre si, garantam o resultado esperado.

No entanto, apesar do grande desenvolvimento das tecnologias reprodutivas, alguns gargalos permanecem estáticos, sem grandes avanços, como a taxa de sucesso da gravidez com o uso da PMA estabilizada em torno de 25%⁴²³, que pode não parecer sedutor considerando o alto custo financeiro e o desgaste emocional dos pretendentes. As chances de obter a gravidez ainda é proporcional ao número de embriões transferidos,

⁴²⁰ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, pp.7-9, promove a compilação de dados sobre a PMA realizada no mundo. No ano de 2016, foi catalogada a existência de 5.335 clínicas de reprodução assistida, enquanto para o ano de 2018, foram confirmadas a presença de 6.201, sendo 1.500 localizadas na Índia, 574 no Japão, 400 na China, 125 na Alemanha e 24 em Portugal.

⁴²¹ EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, *A Policy Audit on fertility Analysis of 9 EU Countries*, 2017, pp. 7 e 11, tabela 2.

⁴²² ALBERTO BARROS, *Procriação Medicamente Assistida: Novos direitos, novos desafios*, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, p. 7.

⁴²³ MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current challenges*, *op. cit.*, p. 3.

porém tal prática médica tem como consequência o risco de gravidez múltipla, com todos os riscos médicos e sociais decorrentes para a mãe e o bebê.

A LPMA, em seu artigo 2º, enumera as técnicas de procriação medicamente assistidas como sendo a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gametas ou zigotos, o diagnóstico genético de pré-implantação, bem como outras técnicas laboratoriais de manipulação de gametas ou embriões.

No presente item, procurar-se-á caracterizar as principais técnicas médicas desenvolvidas pela medicina da reprodução com o objetivo de viabilizar a procriação humana. Embora sejam as principais técnicas de procriação medicamente assistida catalogadas e usualmente utilizadas, nada impede que outras técnicas médicas já estejam a ser desenvolvidas ou se encontrem em pleno uso no momento da elaboração da presente dissertação.

2.4.1 Inseminação artificial e Fertilização *in vitro*

A inseminação artificial é reconhecida como uma das primeiras técnicas de PMA desenvolvida pelos cientistas para promover o encontro dos gametas feminino e masculino.

A inseminação artificial, relatada como prática médica desde o ano de 1962, é considerada um procedimento simples e menos invasivo, que consiste no depósito de espermatozoides diretamente na cavidade uterina, a facilitar a fecundação nos casos em que há diminuição na motilidade do gameta masculino⁴²⁴.

Como já referido anteriormente, notamos um discreto movimento da classe médica para o abandono gradativo da palavra artificial no campo das tecnologias reprodutivas, por provocar uma ideia negativa de método industrial de reprodução.

⁴²⁴ ESHRE CAPRI WORKSHOP GROUP, *Intrauterine insemination, Human Reproduction Update*, Vol.15, n° 3, 2009, pp. 265-266.

Já a fertilização *in vitro* consiste em uma modalidade comprovadamente utilizada pela primeira vez no ano de 1978⁴²⁵ e o seu aperfeiçoamento contínuo a mantém como uma das técnicas mais aplicadas nos laboratórios de medicina da reprodução⁴²⁶.

De forma simplificada, a inseminação artificial consiste em levar o espermatozoide, com o auxílio de um procedimento médico, diretamente ao aparelho reprodutor feminino, enquanto na fertilização *in vitro*, o próprio encontro dos gametas feminino e masculino ocorre em laboratório.

A tentativa de levar ao esquecimento o atributo artificial, aliada à simplicidade e economicidade da técnica de inseminação, tem implicado a desaceleração do uso da técnica em questão na prática clínica dos centros particulares de medicina reprodutiva. No entanto, estudos médicos atuais ainda apontam as vantagens da inseminação artificial como tratamento de primeira linha de cuidados à saúde reprodutiva, dada a sua relação custo-benefício⁴²⁷.

Todavia, não se pode negar que foram as outras técnicas de procriação medicamente assistida, notadamente o congelamento de óvulos e espermatozoides e a fertilização *in vitro*, que possibilitaram à mulher e ao homem programar a sua fertilidade para além do limiar imposto pelo relógio biológico.

Como dito, a fertilização *in vitro* traduz-se na formação do embrião em meio externo ao aparelho reprodutor feminino. Como a maioria dos problemas relativos à ausência de filhos pelos métodos tradicionais de procriação podem ser atribuídos à dificuldade de encontro dos gametas feminino e masculino, a técnica da fertilização *in vitro* foi desenvolvida para eliminar as barreiras existentes à fecundação natural. Fertilização *in vitro*, portanto, nada mais é que a formação do embrião através da fecundação do espermatozoide com o óvulo propiciada por ambiente laboratorial.

⁴²⁵ A fertilização *in vitro* foi a técnica utilizada por Patrick Steptoe e Robert Edwards para a nascimento de Louise Brown. Em 2010, Robert Edwards foi o ganhador do prêmio Nobel de medicina, em reconhecimento ao desenvolvimento, juntamente com Patrick Steptoe (falecido antes da entrega do prêmio), da terapia de fertilização *in vitro*.

⁴²⁶ ESHRE GUIDELINE GROUP ON GOOD PRACTICE IN IVF LABS *et al.*, *Revised guidelines for good practice in IVF laboratories (2015)*, *Human Reproduction*, Vol. 31, nº 4, 2016, pp. 685-686.

⁴²⁷ G. BAHADUR *et al.*, *Stakeholder and patients' perspectives for success, risks and cost implications on 319,105 IVF/ICSI and 30669 IUI cycles suggest IUI provides favourable first line treatment option*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, pp. 7-8. Em sentido contrário, desaconselhando a utilização da inseminação artificial por não incrementar a taxa de sucesso de gravidez: ESHRE CAPRI WORKSHOP GROUP, *Intrauterine insemination*, *op. cit.*, p. 272.

Por sua vez, a simplicidade da inseminação artificial, por não dispor do óvulo em ambiente externo ao útero, não permite a investigação da causa de infertilidade feminina, tampouco a realização de testes genéticos para confirmar a qualidade do embrião a ser fecundado.

De acordo com estudos científicos, o número de nascimentos com vida por meio do recurso à fertilização *in vitro* é superior à utilização de métodos tradicionais de procriação em mulheres férteis⁴²⁸. Sem dúvida, o domínio da técnica de fertilização *in vitro* revolucionou a medicina da reprodução e possibilitou que indivíduos com os mais variados problemas de fertilidade possam constituir prole.

Normalmente, a fertilização *in vitro* segue acompanhada de outra técnica de procriação medicamente assistida que a complementa, exceto no caso de o motivo da ausência de filho ser unicamente por dificuldade no encontro natural dos gametas diversos, hipótese em que a utilização da fertilização *in vitro* isolada e a consequente transferência do embrião para o aparelho reprodutivo feminino já são suficientes para o desenvolvimento da gestação.

A fertilização *in vitro* é a técnica de PMA precursora que possibilitou o desenvolvimento de outras técnicas que, associadas, se predispõem a auxiliar o amadurecimento dos gametas (estimulação ovariana, maturação de óvulos e injeção intracitoplasmática de espermatozoides), a analisar o sequenciamento de DNA (diagnóstico genético de pré-implantação) e promover a adesão do embrião ao útero (transferência de embrião). Nenhuma das técnicas listadas, no entanto, teria utilidade se não fosse possível a fecundação dos gametas masculino e feminino fora do corpo da mulher.

A fertilização *in vitro*, portanto, pode ser considerada a técnica tronco donde dependem as outras técnicas de procriação medicamente assistida, para juntas propiciarem a tão esperada gravidez.

⁴²⁸ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 207.

2.4.2 Doação de óvulos

A doação de óvulos surge concomitante com o avanço da técnica de fertilização *in vitro*. Já sendo possível fecundar o óvulo em laboratório, a disponibilidade dos gametas é crucial para o aprimoramento da técnica médica.

Com algumas ressalvas, a medicina da reprodução não fabrica os gametas feminino e o masculino a partir de outras células humanas em laboratório⁴²⁹, o que faz com que o óvulo e o espermatozoide sejam as matérias-primas indispensáveis tanto para a reprodução natural como para a reprodução assistida.

Na impossibilidade de se obter um óvulo da mulher infértil, o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida depende da doação de um óvulo por outra mulher.

No entanto, a doação de óvulos, ao contrário da doação de espermatozoide, é dificultada por conta de o método de captura do óvulo sempre ser uma técnica médica invasiva.

De fato, os primeiros métodos utilizados para a captura de óvulos não permitiram a doação de óvulos por mulheres férteis ser uma prática atrativa. A necessidade de anestesia geral e a tentativa de destacar o óvulo diretamente do endométrio, com risco de uma gravidez não desejada, causou desconforto e danos à saúde das mulheres doadoras, muitas delas com diagnóstico de úlceras causadas pela técnica invasiva⁴³⁰.

Enquanto as células reprodutivas masculinas podem ser obtidas com discrição e sem a assistência de terceiro, podendo o próprio doador coletar, armazenar e depositar o material diretamente no laboratório, a entrega do óvulo doado, hoje, ainda depende em muitos casos de algum tipo de anestesia, mesmo que não mais a geral, e de uma intervenção médica para a coleta do material.

⁴²⁹ Em que pese há algum tempo já se ter notícia de pesquisadores na China fabricarem ratos a partir de dois gametas femininos, o que foi chamado de embriões bi-maternal. MANABU KAWAHARA *et al.*, *High-frequency generation of viable mice from engineered bi-maternal embryos*, *Nature Biotechnology*, Vol. 25, nº 9, 2007, pp. 1045-1050. Em um estudo mais recente, pesquisadores chineses com atuação na Universidade do Texas obtiveram ratos machos e fêmeas a partir de células reprodutivas de dois machos, confira em JIAN MIN DENG e *et. al.*, *Generation of viable male and female mice from two fathers*, *Biology of Reproduction*, Vol. 84, 2011, pp. 613-618. Nas duas pesquisas, pelo menos um dos gametas requisitados na fecundação (o masculino ou o feminino) foi obtido a partir de célula reprodutiva do gênero oposto. Na atualidade, pesquisas científicas tentam reproduzir gametas a partir de células-tronco.

⁴³⁰ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 211.

O procedimento médico atualmente utilizado para a captura do óvulo é a aspiração folicular guiada por ultrassonografia transvaginal que, por mais simples que seja, não afasta o risco de causar lesões nos ovários da doadora.

As dificuldades que envolvem a doação de óvulos fazem com que disponibilidade seja infinitamente menor do que na doação de espermatozoides e, naqueles Estados que permitem, o pagamento pela recompensa seja maior⁴³¹.

A menor disponibilidade da matéria-prima feminina para a fertilização *in vitro* certamente tem impulsionado cientistas médicos a tentar produzir óvulos com segurança em laboratório, derivados de células-tronco. No momento em que tal técnica for largamente utilizada, a doação de óvulos restará superada, bem com a criopreservação de óvulos.

2.4.3 Transferência intrafalópica de gametas GIFT

Outra técnica desenvolvida nos primórdios pelos especialistas da medicina da reprodução consiste na colocação direta do gameta masculino e do óvulo na trompa de Falópio⁴³² para possibilitar a fertilização. Tal método é denominado de transferência de gametas intrafalópica e é conhecida no meio médico por GIFT⁴³³.

Pode-se deduzir que a GIFT é a técnica médica que menos interfere na procriação tradicional, dado que a assistência médica consiste tão somente na captura do espermatozoide e do óvulo em separado e posterior colocação através de cateter diretamente na trompa de falópio para a fecundação *in vivo*.

Ser um método de pouca interferência médica na reprodução tradicional não significa, entretanto, que o procedimento é pouco invasivo, posto que a mulher se submete

⁴³¹ IRIS G. INSOGNA *et al.*, *Association of fresh embryo*, *op.cit.*, p. 157, refere que o uso de óvulos de doadoras tem aumentado gradativamente nos Estados Unidos e que em 2017 a taxa de nascidos vivos com o uso de óvulos de doadoras aproxima-se de 50%.

⁴³² As trompas de Falópio conectam os ovários ao útero e é o local onde ocorre a fecundação dentro do aparelho reprodutor feminino. R. E. JONES / K. H. LOPEZ, *Human Reproductive Biology*, 4ª ed., Londres, 2014, pp.159-173.

⁴³³ Sigla em inglês que significa *Gamete IntraFallopian Transfer*.

a uma cirurgia com anestesia geral (e complicações dela decorrentes) para a introdução dos gametas na trompa de Falópio⁴³⁴.

Tal método pode ser benéfico no caso de problemas verificados na locomoção do espermatozoide ou de liberação, pelo ovário, da célula reprodutiva feminina para o encontro natural com o gameta masculino.

A técnica ainda apresenta benefícios em razão de possibilitar que pessoas com restrições à fertilização *in vitro* por questões religiosas possam se valer de técnica de procriação medicamente assistida para atingirem o objetivo da procriação⁴³⁵, dado que a fertilização ocorre em meio natural e não em laboratório.

No entanto, assim como a inseminação artificial, a GIFT não é considerada uma técnica de excelência pela medicina da reprodução.

Todavia, a menor probabilidade de êxito, comparada às atuais taxas de sucesso na gestação através de fertilização *in vitro*⁴³⁶, caso a técnica médica seja utilizada de forma isolada, e a exigência dos gametas de ambos os participantes e do aparelho reprodutivo da mulher apresentarem desempenho regular impedem que a GIFT se torne uma modalidade de PMA conhecida e popular.

Ademais, como a fertilização e a conseqüente formação de embrião ocorrem *in vivo*, ou seja, dentro do corpo da mulher, não é possível pensar-se em análise da constituição biológica do embrião para certificar a aptidão para o desenvolvimento da gravidez. Na melhor das hipóteses, pode-se conceber a análise prévia dos gametas que serão selecionados para a transferência intratubária.

Assim, julgamos que, mais do que as intercorrências causadas pela utilização de anestesia geral, procedimento que é normalmente adotado em um grande número de cirurgias eletivas e / ou mesmo urgentes, é a impossibilidade de diagnóstico genético pré-implantação que contribui para o atual desuso, seja da técnica de inseminação artificial, seja da GIFT.

⁴³⁴ SHMUEL EVRON / TIBERIU EZRI, *Anesthesia and in vitro fertilization, Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2012, pp. 322-323.

⁴³⁵ Talvez por tal motivo, a técnica foi inicialmente desenvolvida em hospitais líderes, adota por médicos afegãos em Washington, nos Estados Unidos, por volta do ano de 1983. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 205.

⁴³⁶ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 205.

Se a medicina da reprodução já evoluiu ao ponto de permitir uma certificação do embrião formado em laboratório antes de ser transferido para o aparelho reprodutor feminino, de modo a evitar abortos naturais e aneuploidia⁴³⁷, é previsível que os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, bem como os médicos, direcionem as suas preferências à fertilização *in vitro*.

2.4.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides ICSI

A técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides, conhecida por ICSI, que teve a primeira gravidez confirmada no ano de 1992⁴³⁸, é a modalidade de procriação medicamente assistida usualmente utilizada nos casos de infertilidade masculina.

Consiste na colheita e tratamento do espermatozoide antes da sua introdução no aparelho reprodutor feminino⁴³⁹. Cientistas médicos descobriram que mesmo nos casos de azoospermia, que é a ausência de espermatozoide no esperma masculino, é possível aspirar células reprodutivas diretamente do testículo, maturá-las *in vitro* e posteriormente introduzir diretamente na trompa de Falópio ou mesmo proceder toda a fertilização em laboratório⁴⁴⁰.

Assim, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides foi concebida justamente para os casos de infertilidade masculina, em que o espermatozoide é submetido a tratamento em laboratório para recompor as partes ausentes da célula reprodutiva, para depois ser injetado de forma isolada no óvulo, dentro do corpo da mulher.

Por mais que sejam regularmente realizados estudos para controle das condições de saúde dos nascidos por meio das técnicas de procriação medicamente assistida, fato é

⁴³⁷ O conceito de aneuploidia será descrito no item 2.4.5, em conjunto com o diagnóstico genético de pré-implantação.

⁴³⁸ AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *Intracytoplasmic sperm injection (ICSI) for non-male factor indications: A committee opinion, Fertil Steril*, Vol. 114, nº 2, 2020, p. 239.

⁴³⁹ MARIA DE FÁTIMA OLIVEIRA DOS SANTOS, *Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: Questões éticas e legais*, Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Vol. 10, 2010, p. 290, refere que se trata da injeção de um único espermatozoide vivo no citoplasma do óvulo.

⁴⁴⁰ DEREK KEATING *et al.*, *ICSI from the beginning to where we are today: Are we abusing ICSI?*, *Global Reproductive Health*, Vol. 4, nº 3, 2019, pp. 1-2. Dentre os autores do artigo, encontra-se Gianpiero D. Palermo, apontado como o precursor do desenvolvimento da técnica de ICSI.

que muitos dos bebês nascidos através da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides, sequer atingiram a idade reprodutiva.

O primeiro nascimento obtido através da técnica, ocorrido no ano de 1992⁴⁴¹, trouxe tanta euforia que médicos passaram a utilizar largamente a injeção intracitoplasmática de espermatozoide como tratamento para a infertilidade masculina antes que se fosse confirmada a segurança do procedimento⁴⁴².

Fato é que, até a data presente, a ciência médica não descarta a possibilidade da utilização e tratamento de célula reprodutiva imatura do homem infértil importar em transferência da mesma condição de infertilidade para os filhos.

Diversos estudos científicos passaram a demonstrar o aumento de casos de aneuploidia⁴⁴³ nos embriões formados a partir da técnica de ICSI bem como a confirmação de que crianças de ambos os sexos, nascidas a partir do uso da técnica de ICSI, herdaram algumas modalidades de infertilidade⁴⁴⁴.

Ou seja, a utilização em larga escala da técnica de micromanipulação de espermatozoide de homem estéril é responsável por transmitir a condição de infertilidade para a próxima geração de nascidos com recurso à técnica de ICSI.

⁴⁴¹ IAN CRAFT e *et. al.*, *Fertilising ability of testicular spermatozoa*, *The Lancet*, Vol. 342, nº 8875, 1993, p. 864.

⁴⁴² DAVID M. NUDELL / LARRY I. LIPSHULTZ, *Is intracytoplasmic sperm injection safe? Current status and future concerns*, *Current Urology Reports*, Vol. 2, nº 6, 2001, pp. 423, informam que no ano de 1998, 40% dos quase 62.000 ciclos de fertilização *in vitro* realizados nos Estados Unidos associaram a técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoide.

⁴⁴³ O conceito de aneuploidia será descrito no item 2.4.5, em conjunto com o diagnóstico genético de pré-implantação.

⁴⁴⁴ DAVID M. NUDELL / LARRY I. LIPSHULTZ, *Is intracytoplasmic*, *op. cit.*, p. 423; LUCIANA SEMIÃO FRANCISCO *et al.*, *Assisted reproductive technology outcomes in azoospermic men: 10 years of experience with surgical sperm retrieval*, *The Aging Male*, V. 13, nº 1, 2010, pp. 44-50; DAVID C. PAGE e *et. al.*, *Men with infertility caused by AZFc deletion can produce sons by intracytoplasmic sperm injection, but are likely to transmit the deletion and infertility*, *Human Reproduction*, V. 14, nº 7, 1999, p. 1725; J. P. MULHALL e *et. al.*, *Azoospermic men with deletion of the DAZ gene cluster are capable of completing spermatogenesis: fertilization, normal embryonic development and pregnancy occur when retrieved testicular spermatozoa are used for intracytoplasmic sperm injection*, *Human Reproduction*, V. 12, nº 3, 1997, p. 507; PAUL DEVROEY / ANDRÉ VAN STEIRTEGHEM, *A review of ten years experience of ICSI*, *Human Reproduction Update*, Vol. 10, nº 1, 2004, pp. 21-22; IOANNIS GEORGIU *et al.*, *Genetic and epigenetic risks of intracytoplasmic sperm injection method*, *Asian journal of andrology*, Vol. 8, nº 6, 2006, p. 644. Mais uma vez, repita-se que MICHAEL J. DAVIES e *et. al.*, *Reproductive*, *op. cit.*, pp. 1805-1806, demonstra o aumento do risco de anomalias congênitas, defeitos cardiovasculares e paralisia cerebral serem transmitidos para a criança concebida através das técnicas de procriação medicamente assistida, em comparação com uma gravidez espontânea, e que dentre as técnicas de procriação medicamente assistida, o uso da injeção intracitoplasmática de espermatozoide torna o aumento do risco de aneuploidia mais significativo.

O próprio ato de injetar espermatozoides sem motilidade no interior do óvulo com o auxílio de uma enzima digestiva para possibilitar a penetração na membrana celular pode causar danos ao embrião⁴⁴⁵.

Surpreende que, fora do âmbito dos artigos médicos científicos, não se encontrem informações que ressaltem a correlação entre o uso da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoide e a alta probabilidade de transmissão da infertilidade ou outras alterações genéticas para os descendentes.

De acordo com os dados compilados pela Federação Internacional das Sociedades de Fertilidade (IFFS) de 2019, a ICSI é permitida em quase todos os Estados que responderam a pesquisa, com exceção única da Grécia, porém apenas 34% dos Estados possuem regulamento sobre a aplicação da técnica de PMA em questão⁴⁴⁶.

No caso de Portugal, a LPMA, além de não exigir o esclarecimento específico dos riscos que envolvem a utilização da técnica de ICSI, autoriza o uso da tecnologia reprodutiva sem qualquer restrição, o que faz parecer que não existem riscos graves associados ao seu uso.

Não se pode menosprezar as consequências que poderão advir do uso desenfreado da técnica de ICSI, se até o momento a ciência médica não consegue calcular a dimensão da transmissão vertical das alterações genéticas. Mesmo que as consequências advindas para a saúde da prole restrinjam-se aos transtornos causados pela infertilidade, não parece legítimo subordinar todos os filhos nascidos com recurso da técnica de ICSI ao exercício da paternidade biológica somente com o auxílio da mesma técnica.

Assim até mesmo a inofensiva técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozoide, que possui a louvável particularidade de possibilitar ao homem estéril gerar filhos biológicos e afastar a necessidade de se socorrer da inseminação heteróloga⁴⁴⁷, não está dissociada de incremento de riscos para a prole.

Mesmo que se considere os quarenta anos de utilização da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides, o que não é o caso, pois a técnica foi

⁴⁴⁵ DAVID M. NUDELL / LARRY I. LIPSHULTZ, *Is intracytoplasmic*, op. cit., p. 428. Robert E. Brannigan e Craig Niederberger aduzem que o uso da pentoxifilina, usualmente utilizada para criopreservar o espermatozoide, pode causar toxicidade no embrião. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, Forty, op. cit., p. 298.

⁴⁴⁶ SONIA ALLAN *et al.*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, op. cit., pp. 93 e 97.

⁴⁴⁷ Inseminação heteróloga consiste na utilização de gameta de terceiros para a formação do embrião.

desenvolvida muito posteriormente à fertilização *in vitro*⁴⁴⁸, ainda não se afastou por completo a possibilidade de o filho concebido através da ICSI também estar acometido pela infertilidade ou outras mutações genéticas decorrentes da manipulação e tratamento do gameta masculino em laboratório⁴⁴⁹.

Tal como as demais técnicas de procriação medicamente assistida, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides também afasta ou ignora a seleção natural, no momento em que os melhores espermatozoides e os mais aptos à fecundação serão selecionados.

Afinal, quem controla a seleção dos gametas e embriões mais aptos? Por mais que a maioria dos ordenamentos jurídicos proíba expressamente a escolha do sexo, tal proibição, se persistir na prática, só atinge os casais ou os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida.

O médico que possui a informação do sequenciamento genético dos gametas e do embrião e detém a competência para a escolha daquele que será implantado no útero, invariavelmente seleciona o sexo da criança a ser concebida, por mais que essa característica não seja a primordial para a escolha do embrião⁴⁵⁰.

A persistência de dúvida acerca dos efeitos advindos à fertilidade e à saúde da criança nascida após o uso da técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides recomenda que o legislador regulamente o acesso e a utilização em específico da tecnologia reprodutiva.

2.4.5 Estimulação ovariana

A maioria das técnicas de procriação medicamente assistida desembocam para que a fertilização ocorra em laboratório, ou seja, para a junção do gameta masculino ao

⁴⁴⁸ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, Forty, *op. cit.*, pp. 195 e ss. O autor refere que a técnica foi primeiramente desenvolvida com sucesso pelo médico italiano Gianpiero Palermo durante um estágio no Centro de Medicina Reprodutiva do Hospital Universitário de Bruxelas no ano de 1992.

⁴⁴⁹ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, Forty, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁵⁰ O relatório do IFFS, de 2019, retrata a contradição de, apesar de poucos Estados permitirem abertamente a utilização do DGPI para a seleção do sexo do embrião, quantidade menor de Estados possuem regulamentos que proíbem a seleção do sexo. SONIA ALLAN *et al.*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 138.

gameta feminino, em meio externo ao aparelho reprodutivo feminino. Dessa forma, demonstrava-se indispensável o desenvolvimento de técnica médica que permitisse a colheita de células reprodutivas femininas, conhecidos por óvulos ou ovócitos.

Diverso da simplificada obtenção de espermatozoides, que pode ocorrer em meio externo, a captura de um óvulo demanda técnicas mais complexas.

Os primeiros desafios dos cientistas foram desenvolver um protocolo que possibilitasse a obtenção de mais de um óvulo por vez, para aumentar linearmente a disponibilidade de embriões a serem desenvolvidos em laboratório, o que, por sua vez, aumenta as chances de sucesso da gravidez.

Tal método é conhecido por estimulação ovariana e tem por objetivo induzir a mulher a produzir mais de um óvulo em cada ciclo reprodutivo com vistas a aumentar a disponibilidade de material orgânico necessário à formação do embrião.

De acordo com a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia - ESHRE, a prática médica adota variados protocolos de estimulação ovariana, com a inclusão de diferentes medicamentos na paciente, com o objetivo de a mulher produzir de 5 a 10 óvulos por ciclo, ao invés de apenas 1⁴⁵¹.

No método tradicional de procriação, a mulher tem uma tendência de produzir apenas um óvulo para cada ciclo reprodutivo. Todavia, cientistas médicos descobriram que, ao dosar uma certa quantidade de hormônios e medicamentos à mulher, é possível induzir o seu sistema reprodutivo a produzir mais de um óvulo por ciclo menstrual.

Movidos pela busca de um número cada vez maior de óvulos por ciclo, com vistas inclusive a uma possível doação de óvulos para mulheres que não o conseguissem obter, muitas mulheres sofreram danos à saúde pelo excesso de estimulação ovariana⁴⁵².

⁴⁵¹ THE ESHRE GUIDELINE GROUP ON OVARIAN STIMULATION, *ESHRE guideline: Ovarian stimulation for IVF/ICSI, Human Reproduction Open*, Vol. 2, 2020, p. 2.

⁴⁵² LOUAY S. LOUIS e *et. al.*, The relationship between infertility treatment and cancer including gynaecological cancers, *The Obstetrician & Gynaecologist*, Vol. 15, nº 3, 2013, pp. 177-183, traz uma síntese de todos os estudos científicos que já tentaram relacionar os tratamentos para a infertilidade com a incidência de câncer e conclui que há evidências fortes para se associar o uso de medicamentos que estimulam a ovulação, tal como o citrato de clomifeno, com o aumento de câncer no útero, podendo levar também a câncer no endométrio. Embora os dados estatísticos até o momento conhecidos não sugiram o aumento de câncer infantil nas crianças nascidas com recurso à estimulação ovárica, o Autor sugere a vigilância contínua dos nascimentos originados pela PMA para acompanhamento da tendência futura, p. 181.

A técnica de maturação *in vitro* de óvulos consiste em um método complementar à estimulação ovariana, em que se coleta o óvulo ainda sem o desenvolvimento necessário e recorre-se ao seu amadurecimento em meio laboratorial.

Tal técnica é benéfica em caso de a mulher ser surpreendida com o diagnóstico de uma doença que requeira tratamento imediato e que afete a sua capacidade reprodutiva, como no caso de um câncer, e queira conservar alguns óvulos para o desenvolvimento de gestação no momento mais adequado, mas não tenha tempo suficiente para a maturação dos óvulos *in natura*.

Também é possível se pensar que, nos casos em que há alguma falha do aparelho reprodutivo feminino no amadurecimento do óvulo, a técnica de maturação *in vitro* de óvulos viabiliza a procriação sem recurso à doação de óvulos de terceiros ou, no caso específico, terceiras.

No entanto, a simples coleta do óvulo do tecido ovariano não é tida como inócua, já que comumente causa fissuras, traumas na estrutura pélvica e hemorragias⁴⁵³. O método mais usual para a retirada mecânica dos óvulos se dá por meio de aspiração ou passagem de cateter pelo ovário, o que pode causar lesões e comprometer a formação de novos óvulos.

Além disso, o atual desenvolvimento da ciência da epigenética, que consiste em analisar o impacto dos estímulos ambientais na atividade genética⁴⁵⁴, levanta dúvidas sobre os benefícios à saúde do bebê que irá nascer em sequência ao recurso à técnica de maturação de óvulos, que demanda maior tempo de exposição da célula reprodutiva e,

⁴⁵³ VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido, *op. cit.*, pp. 219-220, refere que a técnica médica para a retirada dos óvulos pode ocasionar sangramento e infecção no ovário, e que normalmente tais riscos não são informados à mulher.

⁴⁵⁴ A ciência da epigenética, que significa literalmente controle sobre os genes, é um dos ramos da biologia em franca expansão. Os cientistas estudam como os estímulos ambientais modificam o DNA das células sem alterar o seu sequenciamento genético. Fala-se que mecanismos epigenéticos, que definem a atividade genética e também são responsáveis por determinar a doença, são transmitidos à descendência. BRUCE H. LIPTON, *A biologia da crença*, São Paulo, 2007, pp.78-85; GENEVIÈVE P. DELCUVE e *et. al.*, *Epigenetic control*, *Journal of cellular physiology*, Vol. 219, nº 2, 2009, pp. 243-250 e ANNA PORTELA / MANEL ESTELLER, *Epigenetic modifications and human disease*, *Nature biotechnology*, Vol. 28, nº 10, 2010, pp.1057-1068.

por consequência, do embrião, à cultura produzida em laboratório, a influenciar as primeiras e importantes divisões celulares^{455 456}.

A *American Society for Reproductive Medicine* - ASRM, em uma diretriz atualizada no ano de 2021, ainda reconhece que não é possível atestar a segurança da prática de maturação *in vitro* de óvulos em relação à malformação e ao desenvolvimento das crianças concebidas com recurso à técnica⁴⁵⁷.

Com o domínio da técnica de criopreservação de óvulos, que será adiante detalhada, a estimulação de ovário ganhou novo impulso com vistas a não apenas possibilitar a mulher infértil utilizar as técnicas de fertilização *in vitro*, mas também para possibilitar a mulher, até então sem diagnóstico médico de doença, programar e preservar a sua fertilidade.

Ocorre que, estudos científicos continuam a apontar que a técnica de estimulação ovariana causa risco aumentado do câncer de mama e da síndrome de hiperestimulação ovariana, a incutir sérios agravos à saúde da mulher⁴⁵⁸.

Médicos e cientistas ainda se debruçam para definir a dosagem adequada de hormônios e medicamentos para a estimulação ovariana a qual não comprometa a saúde da mulher, porém não abandonam a necessidade premente de a indústria de a reprodução obter mais de um óvulo a cada ciclo reprodutivo.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁵⁶ Por curioso, na década de 30 do século passado, ALDOUS HUXLEY, *Admirável mundo novo*, 1º ed., Londres, 1932, pp. 46-51, descreveu a constituição de embriões em laboratório com a utilização de líquidos e “pseudossangue” na cultura das células como um método de condicionamento das futuras crianças a aceitarem as limitações das castas sociais a que estavam destinadas. Os embriões pertencentes às castas inferiores eram embebidos em solução com poucos nutrientes disponíveis, para serem condicionados à escassez de alimentos e outras condições de vida degradante. Mesmo que se trate de obra literária de ficção científica, a riqueza da descrição dos métodos utilizados no laboratório de incubadora de embriões, sobretudo na época em que foi escrita, nos faz pensar se a cultura utilizada para a conservação dos embriões em laboratório, nos tempos atuais, é realmente inofensiva ou, ao revés, tem aptidão para desencadear reações nas células prejudiciais ao bom desenvolvimento psíquico.

⁴⁵⁷ PRACTICE COMMITTEES OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, THE SOCIETY OF REPRODUCTIVE BIOLOGISTS AND TECHNOLOGISTS, AND THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *In vitro maturation: A committee opinion, Fertility and Sterility*, Vol.115, nº 2, 2021, p. 301.

⁴⁵⁸ D. VASSARD *et al*, *Assisted reproductive technology treatment and risk of ovarian cancer: A nationwide population-based cohort study, Human Reproduction*, Vol. 34, nº 11, 2019, pp. 2290-2296. O estudo demonstra que as mulheres que se submeteram à estimulação ovariana tiveram risco aumentado de câncer de mama em relação às mulheres que não fizeram tratamento de estimulação ovariana. O estudo também apontou que, dentre as mulheres expostas ao tratamento de estimulação ovariana, as mulheres acima de 40 anos tem o risco de câncer de mama acentuado.

A ESHRE, em data recente, reconheceu que até o momento inexistia protocolo baseado em evidências para a padronização da técnica de estimulação ovariana, fato que motivou a necessidade de publicar uma diretriz para o manejo adequado da técnica em específico⁴⁵⁹.

A novel diretriz da ESHRE, do ano de 2020, elenca 84 recomendações, aponta práticas médicas usuais de uso conjugado de metformina, hormônio do crescimento (GH), testosterona, deidroepiandrosterona, aspirina e sildenafil como não recomendadas, assim como lista outras intervenções recorrentes como totalmente desaconselhadas. No entanto, como a própria ESHRE reconhece, nem mesmo as recomendações positivas acerca da dosagem e tipos de medicações são apoiadas em evidências de alta qualidade⁴⁶⁰.

A ausência de acordos médicos acerca da dose segura a ser utilizada na estimulação ovariana é um aspecto negativo da procriação medicamente assistida que não pode ser relegado. São frequentes os danos, causados pela estimulação ovariana, à saúde da mulher que se submete à fertilização *in vitro*.

A síndrome de hiperestimulação ovariana (OHSS) é uma consequência grave decorrente do uso excessivo de hormônios para forçar o ovário a maturar mais de um folículo por ciclo menstrual e pode levar até a morte. Mesmo com a constante alteração dos medicamentos e das doses a serem administradas nas pacientes, a estimulação ovariana continua sendo uma prática padrão nos processos de fertilização *in vitro*. No entanto, até o presente, não se conseguiu descartar o risco à saúde da mulher associado ao uso de hormônios para se induzir a ovulação⁴⁶¹.

Não foi a ausência de informação acerca dos riscos inerentes à excessiva administração de medicamento para a estimulação ovariana que permitiu o amplo uso do protocolo como medida prévia à fertilização *in vitro*. Pelo menos desde 1971, data anterior ao primeiro nascimento do bebê humano como resultado da técnica de fertilização *in vitro*, já se tinha conhecimento da relação entre o uso de drogas para

⁴⁵⁹ THE ESHRE GUIDELINE GROUP ON OVARIAN STIMULATION, *ESHRE guideline: Ovarian stimulation, op. cit.*, p. 1.

⁴⁶⁰ THE ESHRE GUIDELINE GROUP ON OVARIAN STIMULATION, *ESHRE guideline, op. cit.* p. 8.

⁴⁶¹ No mesmo sentido, PRATAP KUMAR e *et. al.*, *Ovarian hyperstimulation syndrome, Journal of Human Reproductive Sciences*, Vol. 4, n° 2, 2011, pp. 70-75.

turbinar a produção de óvulos e o incremento no risco de desenvolver câncer de ovário⁴⁶². Hoje esse risco ainda não foi eliminado⁴⁶³.

Estudos científicos mais recentes demonstram que uma estimulação ovariana com a utilização de menos medicamentos e hormônios produz menos óvulos em relação à estimulação convencional, porém é capaz de proporcionar a mesma quantidade de embriões viáveis⁴⁶⁴. Assim, além do risco à saúde da mulher, a estimulação ovariana ainda oferece risco de gerar embriões com aneuploidias.

A excessiva colheita de gametas necessários para a formação dos embriões bem como o seu armazenamento também constituem um problema da bioética. Além de danos que podem ser causados à saúde da mulher por meio da estimulação ovariana direcionada à obtenção de mais de um óvulo por ciclo⁴⁶⁵, há grandes discussões jurídicas acerca do destino a ser dado aos embriões concebidos em decorrência da disponibilidade de óvulos recolhidos e que não foram utilizados.

O movimento em favor da transferência única de embrião, que será detalhado mais adiante, posiciona-se no sentido de que é possível ter a quantidade de bebês que desejar, desde que seja um em cada gravidez. A técnica da transferência única de embrião pode contribuir para a diminuição do tempo de estimulação ovariana e da quantidade de hormônios a serem administrados à mulher, já que a intenção será utilizar um óvulo por vez a cada transferência embrionária.

⁴⁶² MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Incessant ovulation: A factor in ovarian neoplasia?*, *The Lancet*, 1971, p. 163.

⁴⁶³ EVA GLUD e et. al., *Fertility Drugs and Ovarian Cancer*, *Epidemiologic Reviews*, Vol. 20, nº 2, 1998, p. 253 e MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current*, op. cit., p. 8.

⁴⁶⁴ Esther B. Baart e outros autores demonstraram que maiores doses de medicação na estimulação ovariana acarretam na constituição de embriões *in vitro* com aneuploidia, considerados inviáveis para implantação uterina e sugerem que a administração de menor dose de hormônio impacta menos na saúde da mulher e tem o efeito de igualar a quantidade de embriões aptos a transferência. ESTHER B. BAART e et. al., *Milder ovarian stimulation for in-vitro fertilization reduces aneuploidy in the human preimplantation embryo: A randomized controlled trial*, *Human Reproduction*, Vol. 22, nº. 4, 2007, pp. 980–988.

⁴⁶⁵ Bahía Jahromi e outros autores aduzem que como cada organismo responde de uma forma à indução da ovulação, nenhuma delimitação na concentração de hormônios impede a manifestação da síndrome de hiperestimulação ovariana, devendo as pacientes serem continuamente monitoradas e as doses de administração do hormônio ser de acordo com as características individuais. Os danos à saúde da mulher envolvem alterações hemodinâmicas, disfunção hepática, manifestações pulmonares, hipoglobulinemia, morbidade febril, eventos tromboembólicos, torção anaxial, manifestações neurológicas e risco de morte. BAHIA NAMAVAR JAHROMI et al., *Ovarian Hyperstimulation Syndrome: A Narrative Review of Its Pathophysiology, Risk Factors, Prevention, Classification, and Management*, *Iranian Journal of Medical Sciences*, V. 43, nº 3, 2018, pp. 248-252. Por sua vez, não há, à partida, malefícios à saúde na colheita da célula reprodutiva masculina, dada a presença de milhões de espermatozoides em cada dispersão.

Antes dessa mudança de postura, não era raro que a mulher submetida às técnicas de procriação medicamente assistida fosse contemplada com gestação múltipla, como uma consequência inevitável do acesso à técnica médica. A antiga necessidade de transferência múltipla de embriões para se alcançar taxas satisfatórias de gravidez também contribuiu para os quadros de síndrome de hiperestimulação ovariana⁴⁶⁶.

A ausência de protocolos médicos firmes que estabeleçam práticas seguras de estimulação ovariana e transferência única de embriões, aliada ao fato de as clínicas reprodutivas seguirem seus próprios regramentos internos em busca de alcançar patamares mais altos de taxa de sucesso, convoca a atuação legislativa para disciplinar regras mínimas sobre o assunto.

2.4.6 Diagnóstico genético de pré-implantação DGPI

Em regra, não se utiliza apenas uma técnica de procriação medicamente assistida de forma isolada, já que todas estão umbilicalmente interligadas, umas se beneficiando do avanço de outras.

Embora seja comum pensar que o diagnóstico genético de pré-implantação não constitui uma modalidade de procriação medicamente assistida propriamente dita, posto que sua utilização não resulta na fecundação, a dependência de outras técnicas de PMA, associadas ao seu uso para afastar doenças genéticas, fez com o que o DGPI esteja inserido na prática corrente das tecnologias reprodutivas.

De toda sorte, o artigo 2º da LPMA identifica o diagnóstico genético de pré-implantação como uma modalidade de técnica de procriação medicamente assistida.

A primeira referência ao diagnóstico genético pré-implantação remonta ao ano de 1989. Nesse ano, a equipe médica do Hospital Hammersmith de Londres, comandada pelo Dr. Alan Handyside, informou à comunidade médica sobre a realização com sucesso

⁴⁶⁶ Bart C. J. M. Fauser e Basil C. Tarlatzis confirmam que a síndrome da hiperestimulação ovariana está diretamente relacionada com o número de folículos induzidos à maturação. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 264. J. SMITZ e *et. al.*, *Incidence of severe ovarian hyperstimulation syndrome after GnRH agonist/HMG superovulation for in-vitro fertilization*, *Human Reproduction*, V. 5, nº 8, 1990, pp. 933-937, estimaram a incidência da síndrome da hiperestimulação ovariana de 0,2 a 1% dos ciclos reprodutivos com o uso do método para aumentar a disponibilidade de óvulos.

de uma biópsia nos blastómeros para a identificação de defeitos nas células embrionárias antes da sua transferência para o útero materno⁴⁶⁷.

No entanto, o desenvolvimento da técnica de diagnóstico de pré-implantação, que permite identificar previamente possíveis má formações do embrião concebido em laboratório, constitui o marco para o início da atividade de seleção de embriões e o inevitável descarte daqueles considerados inservíveis.

A técnica de diagnóstico genético de pré-implantação consiste na remoção de células do embrião constituído após fertilização *in vitro* com vistas a identificar possíveis má formações que comprometam o desenvolvimento da gravidez e possibilitar a seleção do embrião não afetado para a implantação uterina. A técnica, portanto, possui natureza invasiva, com a extração de células em estágios iniciais, e seria mais adequada se fosse denominada de biópsia genética de pré-implantação.

Em data recente, a ESHRE informou que o termo diagnóstico genético de pré-implantação foi substituído por teste genético de pré-implantação, a confirmar que a técnica é além da simples análise de imagens de moléculas⁴⁶⁸.

A técnica do DGPI distingue-se do diagnóstico genético pré-natal, pois é realizada sobre o material que está fora do útero e em um estágio embrionário composto por poucas células, retratado pela ciência médica como biópsia em embriões no estágio de blastômero⁴⁶⁹. Assim, o salto desafiador da técnica foi permitir a retirada de células do embrião *in vitro* para biópsia sem comprometer a viabilidade e a segurança gestacional.

A análise genética é feita através da amplificação do fragmento de DNA colhido da célula retirada do embrião, de forma a avaliar a existência de doenças congênicas. Nesse estágio, já é possível identificar o sexo da criança com precisão⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty, op. cit.*, p. 191.

⁴⁶⁸ ESHRE PGT CONSORTIUM STEERING COMMITTEE *et al.*, *ESHRE PGT Consortium good practice recommendations for the organisation of PGT, Human reproduction open*, n° 3, 2020, p. 5. Apesar da ESHRE indicar a renomeação da técnica para teste genético de pré-implantação, com sigla em inglês PGT, observamos que o termo DGPI não foi de todo abandonado, conforme se observa da doutrina citada ao longo do capítulo e a referência contida na LPMA, razão pela qual optamos por continuar a designar a técnica por DGPI.

⁴⁶⁹ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty, op. cit.*, pp. 225 e 230. Santiago Munné demonstra que a biópsia no embrião não está livre de causar efeitos prejudiciais e que cientistas médicos tentam desenvolver nova técnica para proceder a análise do DNA no fluido utilizado para a criopreservação do embrião, com o intuito de obstar medidas invasivas.

⁴⁷⁰ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty, op. cit.*, p. 225.

A LPMA autoriza o rastreamento genético pré-implantacional para aneuploidia e doenças genéticas graves, conforme redação do artigo 28^o⁴⁷¹. Diversas doenças resultantes da aneuploidia são causas de abortos espontâneos na gravidez natural.

Aneuploidia é a exclusão ou a inclusão de um ou mais cromossomos no cariótipo considerado normal. Tais defeitos dão ensejo a doenças genéticas, sendo a mais conhecida a Síndrome de Down. Estima-se que 25% dos abortos espontâneos são causados por aneuploidia, o que a torna a principal causa de perda da gravidez⁴⁷².

Como o protocolo da fertilização *in vitro* implica na implantação do embrião no colo uterino após 3 ou 5 dias de fecundação, na maioria das vezes com abundante medicalização para forçar o estabelecimento da gravidez, o uso da DGPI se mostra imprescindível para certificar se da fecundação dos gametas, em laboratório, resultou um embrião saudável, já que a excessiva medicalização para a sua implantação desativa o sistema natural de aborto espontâneo.

Observe-se que a legislação não autoriza a utilização do DGPI para a seleção das características genéticas do embrião ou do sexo da criança, conforme previsão do nº 2 do artigo 7º da LPMA⁴⁷³. No entanto, por não estabelecer o número máximo de gametas coletados e embriões constituídos *in vitro*, o atual regramento legal possibilita implicitamente a utilização do DGPI em um número ilimitado de vezes, dado que qualquer embrião constituído em laboratório pode desenvolver aneuploidia.

Mesmo diante da proibição da utilização do DGPI para a seleção de características genéticas e sexo da criança, consideramos a regra de difícil aplicação para a classe médica. Se o médico geneticista foi incumbido de decifrar toda a cadeia de DNA para a identificação de doenças genéticas, mesmo que apenas as decorrentes de aneuploidias, é certo que outras características genéticas resultarão reveladas.

Assim, entendemos que a proibição de seleção de características genéticas é fatalmente descumprida pelo especialista médico, encarregado de proceder a biopsia e

⁴⁷¹ CATHERINE BIGELOW / ALAN B. COPPERMAN, *Oocyte*, *op. cit.*, p. 190, esclarece que o risco de aneuploidia, que dá causa às doenças associadas ao número alterado de cromossomos, tais como síndrome de Down, síndrome de Patau e síndrome de Edwards, é aumentado com o uso de óvulos envelhecidos.

⁴⁷² TERRY HASSOLD *et al.*, *Human aneuploidy: Incidence, origin, and etiology*, *Environmental and molecular mutagenesis*, Vol. 28, nº 3, 1996, p. 167.

⁴⁷³ LPMA

“Artigo 7º Finalidades proibidas

2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.”

analisar o material coletado, dado que a simples leitura sequencial do DNA permite decifrar outras características genéticas que a norma não autoriza como critério de seleção do embrião.

É possível questionar até onde vai a obrigação do médico patologista em rastrear as características genéticas do embrião a ser implantado por meio das técnicas de PMA? Consideramos que há obrigação de informar tudo que se tomar conhecimento sobre doenças genéticas, mas não há o dever de informar as características não-médicas ou o dever de rastrear toda a informação genética atualmente disponível, apenas aquela que comprometa a viabilidade da gestação e o nascimento com vida.

Por mais que as informações referentes às características genéticas, não autorizadas por lei, para orientar a seleção do embrião não sejam compartilhadas com os beneficiários das técnicas, fato é que o médico as tem em consideração no momento de selecionar o embrião para implantação. Assim, entendemos que as características não médicas diversas das verificadas na aneuploidia exercem influência na escolha do embrião.

Também temos dúvidas se a regra da proibição de que características genéticas pessoais - tais como cor do olho, cor do cabelo, cor da pele e seleção do sexo da criança -, consideradas como critério de seleção do embrião, é realmente cumprida nas procriações assistidas dependentes da doação de gametas.

A procriação medicamente assistida tem como finalidade propiciar o estabelecimento da gravidez em mulheres que não a obtiveram de forma natural. Com exceção da inseminação heteróloga, todas as técnicas médicas desenvolvidas visam preservar a ligação genética da criança com os pais. E, caso a ligação genética não possa ser preservada, como nos casos de ausência de espermatozoides ou de óvulos a serem capturados, há um consenso de que ao menos deve-se selecionar doadores com características de fenótipo similares aos dos beneficiários das técnicas.

Assim, temos que a proibição de identificar as características genéticas não-médicas inexoravelmente não é aplicada no caso de doação de gametas.

Com razão, ressoa estranho um casal europeu recorrer à inseminação heteróloga para o estabelecimento de uma gravidez e ao final conceber uma criança com características asiáticas. Ou um casal africano recorrer à gestação de substituição com a

utilização de pelo menos um gameta proveniente do casal e ao final receber uma criança com características norte-americanas.

Por mais que tais situações não estejam livres de ocorrer no processo de adoção de crianças, certo é que as pessoas que buscam a procriação medicamente assistida almejam estabelecer uma parentalidade o mais próxima possível da filiação resultante da gravidez natural. E, para tanto, só se assegura que as características genéticas da criança que irá nascer sejam correlatas às características dos beneficiários das técnicas, se o DGPI for utilizado na inseminação heteróloga para decifrar as características genéticas tidas por proibidas.

Atualmente, além do potencial uso da CRISPR, conforme será visto adiante, tem-se alargado o uso da DGPI para a seleção de embriões com características classificadas como de melhoramento humano, tais como altura, melhor memória, melhor condicionamento físico.

O conhecimento prévio das características genéticas pessoais não pode ser tido por inofensivo. Além das já conhecidas teorias que relacionam a seleção preordenada de genes com o eugenismo, pode-se pensar no caso hipotético de cientistas descobrirem o gene que define a homossexualidade⁴⁷⁴.

É bastante provável que a homossexualidade, ou qualquer outra característica humana possivelmente taxada de inadequada pela arena global, se finalmente for identificada por um gene, passe a ser descartado pelos médicos responsáveis pela seleção do embrião⁴⁷⁵. De forma similar, uma equipe médica que comungue convicções morais e éticas contrárias ao feminismo poderá descartar sucessivamente embriões do sexo feminino, o que pode causar desequilíbrio demográfico na região em que atuem⁴⁷⁶.

Dessa forma, reputamos que a proibição da utilização do DGPI para a identificação das características genéticas do embrião, que não a resultante de aneuploidia, dificilmente é atendida pela classe médica e, em muitos casos, as

⁴⁷⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, Pode Trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião. Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantatório, *Lex Medicinæ*, ano 4, nº 8, 2007, p. 61. pp. 59-84

⁴⁷⁵ De acordo com MAYANA ZATZ, Projeto genoma humano e ética, *São Paulo em perspectiva*, Vol.14, nº 3, 2000, p. 48, consideramos que essa possibilidade não é tão remota, já que a Autora aponta que estudos identificaram marcadores genéticos para o homossexualismo masculino.

⁴⁷⁶ JOÃO CARLOS LOUREIRO, Filho (s) de um gameta menor?, *op. cit.*, p. 43, retrata que há indícios de eliminação seletiva do sexo feminino na Coreia do Sul e China.

características não médicas reveladas pelo DGPI são tidas por relevantes no processo de escolha do embrião a ser implantado.

Cientistas estão desenvolvendo algoritmos de inteligência artificial que, aliados às imagens do embrião, são capazes de classificar, de forma automatizada e não invasiva, os embriões que possuem melhor probabilidade de desenvolver uma gravidez⁴⁷⁷, sem adentrar na questão da análise das características não médicas presentes no sequenciamento do DNA.

As pesquisas de aplicação de inteligência artificial para a seleção de embriões em laboratório podem contribuir para a contenção do uso desenfreado do DGPI que, conforme relatado, mostra-se como uma prática deveras invasiva e permite a seleção direcionada de genes, sem justificativa médica.

Por óbvio, a seleção de embriões por IA será pertinente nos casos em que não se destina a afastar o risco de transmissão de doença genética, e tão somente escolher o embrião mais apto a desenvolver uma gravidez e afastar a possibilidade de aborto espontâneo.

Sem dúvidas, o DGPI é uma técnica coadjuvante das tecnologias reprodutivas que mais vem se desenvolvendo nos últimos anos, que absorve a rápida expansão de novas e complexas descobertas da ciência do genoma. A sua peculiaridade de propiciar a leitura de genes e das características pessoais contidas no embrião torna-a uma ferramenta poderosa que permite selecionar os melhores embriões disponíveis. A par disso, as sociedades médicas internacionais tardaram a divulgar diretrizes ou *guidelines* atualizadas que apontassem o uso prudente da DGPI⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ M. VERMILYEA *et al.*, *Artificial intelligence (AI) technology can predict human embryo viability across multiple laboratories with varying demographics with high accuracy and reproducibility*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 2. O estudo demonstrou precisão da IA de 74,1% para identificação de embriões viáveis e 65,3% para embriões não viáveis, enquanto que a prática adotada pelos embriologistas de análise invasiva por biópsia (DGPI) possui 51% de precisão. Contra a utilização de algoritmos para a seleção de embriões, por não ser possível decifrar as análises operadas pelo computador: M. AFNAN *et al.*, *Embryo selection using Artificial Intelligence (AI): Epistemic and ethical considerations*, *Human Reproduction*, Vol. 36, 2021, p. 17.

⁴⁷⁸ Por curioso, a ESHRE, desde o ano de 1997, criou um consórcio para troca de informações e coleta de banco de dados sobre o desenvolvimento da tecnologia do DGPI, que se encontra em plena atividade, conforme é possível verificar em A. VAN MONTFOORT *et al.*, *Data from the ESHRE PGT consortium-year 2019*, *Human Reproduction*, 2021, p. 18, e somente no ano de 2020 divulgou diretrizes atualizadas para a prática segura da DGPI, conforme o documento *Preimplantation genetic testing: Good practice recommendations of the European Society of human reproduction and embryology*, 2020.

A diminuição do número de embriões a serem transferidos nos processos de procriação medicamente assistida e, por consequência, a diminuição do número de gametas e embriões a serem criopreservados depende do incremento e desenvolvimento das técnicas de diagnóstico genético de pré-implantação. Se a quantidade de embriões fertilizados em laboratório e a serem transferidos é reduzida, é necessário assegurar a qualidade e aptidão dos mesmos para levar adiante a gravidez.

Isso demonstra que, à partida, o investimento na criação de técnicas e o desenvolvimento de novos métodos para avaliar as características genéticas dos embriões podem contribuir para a diminuição do número de embriões a serem armazenados e, posteriormente, descartados e impedir os conhecidos agravos ao binômio mãe-bebê causados pelas gestações de mais de uma criança.

Esclarecemos que o diagnóstico genético de pré-implantação pode colaborar para o decréscimo de embriões que inutilmente são criados em laboratório, desde que o método de análise das características genéticas tenha um objetivo específico e limites quanto à sua utilização.

O fim legítimo a ser perseguido pelo diagnóstico genético de pré-implantação constitui na identificação de embrião com aptidão para o desenvolvimento da gravidez e consequente nascimento com vida. A utilização do DGPI para além desse objetivo, por exemplo, para a seleção de embriões com características acima da média usual, com vistas a identificar um modelo de perfeição biológica até então inexistente, ao revés, fomenta a indústria da criopreservação e o manejo inflacionário de embriões em laboratório, na incessante busca pelo superembrião.

Por outro lado, a técnica de transferência única de embrião só ganhará adesão dos médicos de reprodução humana, se for possível garantir que o único embrião selecionado é apto para o desenvolvimento da gravidez.

A controvérsia, assim, reside exatamente em como são executados os exames que se destinam a diagnosticar a estrutura biológica do embrião e para qual fim é destinado.

No entanto, ainda não há garantias plenas de que os métodos utilizados para o diagnóstico genético de pré-implantação não causem riscos ao embrião⁴⁷⁹. As diretrizes

⁴⁷⁹ René Frydman afirma que não se sabe ao certo a eficácia de testes genéticos não invasivos e que os métodos invasivos podem causar riscos ao desenvolvimento do embrião. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty, op. cit.*, p. 205.

publicadas no ano de 2020 pela ESHRE, diante da incerteza dos riscos associados à utilização da DGPI, apontaram para a necessidade de realização adicional de diagnóstico pré-natal no feto que foi concebido com recurso ao DGPI, bem como de acompanhamento das crianças nascidas em decorrência da utilização da DGPI⁴⁸⁰.

Consideramos que o diagnóstico genético de pré-implantação constitui uma técnica médica que contempla os princípios da biogenética desde que direcionada para a diminuição dos embriões armazenados em laboratório e, para isso, o seu uso deve ser limitado à identificação de embrião apto ao desenvolvimento da gestação e consequente nascimento com vida.

O uso do diagnóstico genético pré-implantação que, para além do potencial de viabilizar a gravidez e o nascimento com vida, se destina a detectar e possibilitar a seleção de características outras com o objetivo de melhoramento da espécie, deve ser objeto de forte regulamentação por parte dos Estados.

2.4.7 Criopreservação de óvulos

Dentro da linha de evolução das técnicas de procriação medicamente assistida, a criopreservação de óvulos é considerada uma técnica médica recente, de domínio posterior ao congelamento de espermatozoides⁴⁸¹. As primeiras tentativas de congelamento de óvulos para posterior fecundação em laboratório não lograram êxito até o surgimento da técnica de vitrificação⁴⁸².

⁴⁸⁰ ESHRE PGT CONSORTIUM STEERING COMMITTEE *et al*, *ESHRE PGT Consortium good practice*, *op. cit.*, p. 22. VERA LÚCIA RAPOSO, *Pode trazer-me o menu, por favor?*, *op. cit.*, p. 64, aponta que o DGPI apresenta de 1-5% de probabilidade de erro, sendo recomendado a confirmação do resultado após a transferência do embrião pelo diagnóstico pré-natal.

⁴⁸¹ A precocidade de domínio da técnica de criopreservação de óvulos, bem como do método de vitrificação, é comprovada pela ausência de menção expressa das técnicas mencionadas na Lei de Procriação Medicamente Assistida, mesmo que já tendo passado por diversas modificações. Esclareça-se que o artigo 25º da LPMA somente faz referência a criopreservação de embriões. Desta forma, estamos diante de um vácuo legislativo, em que a utilização da prática médica não encontra limites legais e dá vazão à regulamentação da matéria por meio de atos próprios da Administração Pública.

⁴⁸² CATHERINE BIGELOW / ALAN B. COPPERMAN, *Oocyte cryopreservation for the elective preservation of reproductive potential*, in *Current Frontiers in Cryobiology*, 2012, pp. 186, 193 e ss. Os Autores informam que o primeiro nascimento com vida através da técnica de vitrificação ocorreu no ano de 1999, em que pese a técnica de criopreservação pelo método de congelamento lento já tenha proporcionado nascimentos com vida desde a década de 80 do século passado. O método de vitrificação para a criopreservação dos óvulos ou embriões mostra-se mais seguro e confiável e vem substituindo o

A técnica da criopreservação consiste em manter a célula reprodutiva a uma temperatura de menos 196 graus celsius, na qual nenhuma atividade biológica é verificada, e fazer retornar essa atividade a uma temperatura de 37 graus celsius, sem qualquer dano verificado à célula⁴⁸³. Em que pese aparentemente simples, várias reações ocorrem com a solidificação da água e da solução que envolve a cultura, podendo ser letal à célula reprodutiva.

O domínio da técnica da criopreservação dos óvulos e espermatozoides foi crucial para possibilitar o manuseio dos gametas em ambiente externo ao útero. Sem tal tecnologia, só era possível a manipulação de óvulos e espermatozoides frescos e ocasionava muitos descartes de células reprodutivas, que não têm aptidão para sobreviver fora do corpo humano.

A técnica de criopreservação de óvulos, além de possibilitar a transferência de embrião a tempo oportuno, apresenta melhores taxas de sucesso de gravidez na inseminação homóloga⁴⁸⁴ e permite a utilização de testes genéticos de pré-implantação com vistas a afastar aneuploidia.

No entanto, estudos analíticos mais recentes demonstram que a gravidez com recurso à criopreservação incrementa o risco de hipertensão gestacional, hemorragia pós-parto e aumento do peso dos bebês em comparação com transferência de embrião fresco⁴⁸⁵.

No início, a criopreservação foi vista como o método ideal para afastar a necessidade de doação de óvulos ou espermatozoides, naqueles casos em que o casal consegue produzir gametas viáveis, porém, por algum motivo, não ocorre a gestação natural, sendo imperioso assistência médica para a fecundação do material em laboratório

método anterior de congelamento lento. No método de vitrificação, a célula é exposta ao nitrogênio líquido, o que tem como efeito congelar rapidamente o material, eliminando a formação de cristais de gelo. Após, são adicionadas soluções crioprotetoras compostas por etilenoglicol e sacarose que, no início dos estudos, suas altas doses foram consideradas tóxicas, bem como à exposição direta ao nitrogênio líquido. O método de vitrificação é considerado mais atrativo financeiramente para a indústria da procriação assistida pois não demanda equipamentos caros e o tempo gasto no laboratório para o congelamento do material é muito inferior ao do método de congelamento lento.

⁴⁸³ CATHERINE BIGELOW / ALAN B. COPPERMAN, *Oocyte*, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁸⁴ IRIS G. INSOGNA *et al.*, *Association of fresh embryo transfers compared with cryopreserved-thawed embryo transfers with live birth rate among women undergoing assisted reproduction using freshly retrieved donor oocytes*, *JAMA*, V. 325, nº 2, 2021, p. 157.

⁴⁸⁵ TINGTING SHA *et al.*, *Pregnancy-related complications and perinatal outcomes resulting from transfer of cryopreserved versus fresh embryos in vitro fertilization: a meta-analysis*, *Fertil Steril*, Vol. 109, nº 2, 2018, pp. 339-342.

para posterior implantação no útero da mulher. A criopreservação de óvulos ou espermatozoides, portanto, foi pensada primordialmente para atender as necessidades do homem ou mulher inférteis e preservar a ligação genética dos pais com a criança.

Posteriormente, observou-se que a criopreservação também atendia os anseios da mulher doente que necessitava se submeter a um tratamento agressivo, como por exemplo, a quimioterapia e a radioterapia, que pudesse comprometer a capacidade de produzir óvulos viáveis. A retirada dos óvulos antes do início do tratamento contra o câncer, com a garantia conferida pela criopreservação, concede à mulher a possibilidade de desenvolver uma gravidez após restabelecida as condições de saúde⁴⁸⁶.

Hodiernamente, é com o atendimento das expectativas da mulher fértil que a indústria do congelamento de óvulos⁴⁸⁷ se fortalece. Hoje, a técnica de criopreservação de óvulos confere autonomia à mulher, sobretudo à mulher solteira, de escolher o momento ideal para se tornar mãe para além do limite estabelecido pelo relógio biológico⁴⁸⁸.

Restando ultrapassado o requisito de diagnóstico de infertilidade para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, a criopreservação é a técnica médica de eleição para a mulher fértil gerenciar a sua fecundidade⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ BIGELOW, CATHERINE / COPPERMAN, ALAN B., *Oocyte*, *op. cit.*, p. 192, referem que o câncer do colo do útero, o câncer endometrial e o câncer de mama são tratados com medicamentos que reverberam toxicidade nos ovários. Desta forma, a retirada do óvulo antes da exposição medicamentosa dá chances à mulher desenvolver uma gravidez posteriormente. Caso a urgência em se iniciar o tratamento contra a doença não permita aguardar os prazos inerentes à estimulação ovariana e a captura dos óvulos, pode-se fazer a retirada do tecido do ovário e aplicar a mesma técnica de criopreservação, em que pese as taxas de sucesso da criopreservação do tecido ovariano não serem similares à da criopreservação do óvulo.

⁴⁸⁷ Chamamos de indústria pois além do custo regular previsto para o manejo da técnica de criopreservação, que em Portugal gira em torno de seiscentos euros, acrescenta-se o custo da técnica de estimulação ovárica normalmente associada previamente com vistas a proporcionar a captura de mais de um óvulo por ciclo, no importe de dois mil euros, o valor pago anualmente para o Centro de Saúde ou laboratório armazenar óvulo criopreservado, o que pode custar 100 euros por ano, o pagamento pela fertilização *in vitro* do óvulo criopreservado, o que pode custar a partir de 2000 euros e, decerto, algum custo complementar para a implantação do embrião. Valores obtidos em VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido, congelei os óvulos” (Sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos), in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro et al., Vol. IV, Coimbra, 2016, p. 210 e Portaria nº 273/2012, de 5 de setembro, do Ministério da Saúde, disponível para consulta em <https://dre.pt>.

⁴⁸⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido, *op. cit.*, p. 209, considera que a popularidade da técnica de congelamento de óvulos está diretamente ligada ao fato da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) recomendar o uso da criopreservação de gametas para o resguardo da fertilidade e da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) ter alterado a sua anterior classificação como técnica médica experimental.

⁴⁸⁹ BIGELOW, CATHERINE / COPPERMAN, ALAN B., *Oocyte*, *op. cit.*, p. 191, refere que as mulheres que se beneficiam do congelamento de óvulos, muitas vezes, o fazem como uma espécie de seguro da

Vera Lúcia Raposo considera que o surgimento da técnica de criopreservação de gametas em isolado serve para encerrar a celeuma quanto à manipulação de embriões. Mesmo que a doutrina ainda se divida entre reconhecer ou não o embrião *in vitro* como detentor do direito à vida⁴⁹⁰, não há dúvidas de que o óvulo e o espermatozoide não são pessoas e, portanto, não levantam questionamentos éticos quanto à possibilidade de sua manipulação em laboratório, ao seu uso em pesquisa científica e seu posterior descarte⁴⁹¹.

Com o argumento de que a técnica de congelamento de óvulos, em si, é autônoma em relação a outras técnicas de PMA, a indústria da reprodução apela para a necessidade de toda mulher garantir as reservas ovarianas para o momento em que decidir ter filhos, mesmo que não saiba ainda se recorrerá às tecnologias reprodutivas no futuro⁴⁹². Cientistas médicos sugerem o congelamento de 8 a 10 óvulos para garantir a probabilidade de fecundação postergada⁴⁹³.

Há notícias de realização de eventos denominados festa do congelamento de óvulos, para a encorajar mulheres a se submeterem à recolha de gametas, bem como de multinacionais que anunciaram publicamente políticas internas de custeio de congelamento de óvulos para suas funcionárias⁴⁹⁴.

No entanto, a possibilidade de alargar a janela da fertilidade através da criopreservação não confere um direito à procriação *ad aeternum*, caso a própria mulher

fertilidade: não sabem ao certo se precisarão utilizar os óvulos congelados porém, na dúvida, contratam a sua apólice.

⁴⁹⁰ Para aprofundar o tema sobre o estatuto jurídico do embrião e, em especial, e se o embrião *in vitro* é considerado nascituro, tal como o embrião implantado em útero, ver STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao patrimônio genético*, Coimbra, 2006, pp. 67 e ss., VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito à imortalidade*, *op. cit.* pp. 425 e ss., e FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade*, *op. cit.*. O Tribunal Constitucional, no acórdão nº 101/09, de 03 de março, considerou que o embrião *in vitro*, antes da transferência para o útero materno, não goza da mesma proteção da vida intrauterina, que possui gradação progressiva a depender da fase de desenvolvimento do nascituro.

⁴⁹¹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido”, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁹² CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 210, refere que é sensato a mulher pensar em ter uma poupança de óvulos criopreservados para quando desejasse usar. Pesquisas médicas demonstram que o perfil das utilizadoras da técnica de congelamento de óvulos são mulheres solteiras e com alto grau de instrução. No entanto, Ana Cobo defende que a eficiência da técnica é melhor assegurada com mulheres abaixo de 35 anos. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p.199.

⁴⁹³ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p.199.

⁴⁹⁴ GUIDO PENNING, *Commercialisation of egg freezing: a debate*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, pp. 22-23. Conforme relatado em nota de rodapé no capítulo primeiro, empresas como a Facebook e a Apple ofereceram às suas funcionárias custear o serviço de criopreservação de seus óvulos, sob a justificativa de postergar a janela da fertilidade e, assim, poderem concorrer em melhores condições com os homens no mercado de trabalho. CHARIS THOMPSON, *IVF global histories*, *op. cit.*, p. 131

almeje ter em si implantado o seu óvulo fecundado e não considere a possibilidade de uma gestação de substituição.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida demonstra preocupação com as informações disponibilizadas pela mídia em geral no sentido de que a técnica de criopreservação de óvulos assegura o sucesso da gravidez no futuro, o que tem motivado muitas mulheres a refutarem o método de procriação natural sob a expectativa de que a criopreservação dos óvulos garantirá a obtenção da gravidez tardia a qualquer tempo⁴⁹⁵.

Para combater essa falsa ideia, o CNPMA editou uma recomendação⁴⁹⁶ em que incita os centros de PMA a esclarecerem às beneficiárias das técnicas de criopreservação de óvulos que a utilização do método não garante a conquista de uma gravidez no futuro⁴⁹⁷.

Em outra ocasião, o CNPMA publicou novo documento que critica a prática adotada pelas clínicas de criopreservação de manter congelado o próprio embrião, e não somente os gametas, como método para preservar o potencial reprodutivo do casal⁴⁹⁸.

Em que pese a técnica de congelamento de óvulos preservar o potencial reprodutivo feminino para além do intervalo temporal fixado entre a menarca e a menopausa, o aparelho reprodutivo da mulher, notadamente o útero, deve estar apto para o desenvolvimento sadio da gestação⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ IDO BEN-AMI *et al.*, *Indications for in vitro fertilization treatment: From diagnosis to prognosis*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, p.86, informam que a fertilização *in vitro* possui uma taxa de natalidade de 17% por ciclo na idade de 30 anos, 7% na idade de 40 anos e apenas 2% aos 45 anos.

⁴⁹⁶ Recomendação do CNPMA sem numeração, de 14 de maio de 2012, que trata da criopreservação de ovócitos para uso futuro, disponível em <http://www.cnpma.org.pt>.

⁴⁹⁷ R. STAN WILLIAMS *et al.*, *Public reporting of assisted reproductive technology outcomes: Past, present, and future*, *American journal of obstetrics and gynecology*, V. 212, n° 2, 2015, p. 161, demonstra que, muitas vezes, potenciais consumidores das técnicas de PMA são alardeados de informações que causadoras de má interpretação.

⁴⁹⁸ Deliberação do CNPMA n° 08/II, de 17 de junho de 2015, que trata da criopreservação de embriões em contexto de preservação do potencial reprodutivo.

⁴⁹⁹ Nesse ponto, nos distanciamos de VERA LÚCIA RAPOSO, “Querido, *op. cit.*, p. 212, que considera benéfica a inexistência de limite etário para as mulheres utilizarem os seus próprios óvulos criopreservados durante a juventude. A Autora considera que o obstáculo à reprodução feminina se concentra na viabilidade dos óvulos, não decorrendo maiores consequências a gestação se desenvolver em um útero envelhecido pelo desgaste natural do tempo. No entanto, a Autora reconhece que as opiniões científicas se dividem entre aqueles que admitem a utilização do embrião ou óvulo criopreservado pela própria mulher em qualquer idade e aqueles que entendem que a menopausa constitui o limite para a utilização das técnicas de PMA. De toda sorte, a Autora considera que os mesmos argumentos que servem para justificar o estabelecimento de limite etário para a mulher utilizar a PMA calcados na diferença de idade entre a mãe e a criança e risco

Dessa forma, ao nosso ver, o sucesso de uma gestação depende da viabilidade do óvulo bem como da capacidade do aparelho reprodutivo em levar adiante a gravidez, não tendo ainda a medicina desenvolvido técnica para criopreservar o útero para utilização a qualquer tempo da vida da mulher⁵⁰⁰. A idade do útero, portanto, deve ser levada em consideração para o marco final do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Entendemos que questões como o risco de parto prematuro, que impede o crescimento do bebê em fase uterina⁵⁰¹, o aumento da probabilidade de a gestante sofrer hipertensão (pré-eclâmpsia) e diabetes gestacional, todos ocasionando danos à saúde do bebê, podem justificar o estabelecimento de um limite para a utilização do óvulo criopreservado, bem como para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida como um todo.

Não se nega a importância da técnica de congelamento de óvulos para o adiamento controlado da fertilidade da mulher, no entanto, o excessivo apelo comercial dos bancos de criopreservação minimiza a complexidade do problema social que decorre das posições ocupadas pelas mulheres no mercado de trabalho. Desigualdades de salário e cargos ocupados por homens e mulheres não serão resolvidos unicamente com o recurso ao congelamento de óvulos.

maior da criança tornar-se órfã precocemente deveria servir para o estabelecimento de limites etários masculinos. CATHERINE BIGELOW / ALAN B. COPPERMAN, *Oocyte*, *op. cit.*, p. 188, lembra que para o sucesso de uma gestação são necessários níveis elevados de hormônios que não estão disponíveis em um organismo feminino envelhecido.

⁵⁰⁰ Em que pese Carlos Simon revelar que não está descartada a possibilidade de criação de útero artificial por meio da medicina da reprodução em um futuro próximo. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 239.

⁵⁰¹ Estudos científicos associam a gestação em idade avançada com o risco de parto prematuro, risco de a gestante desenvolver hipertensão (pré-eclâmpsia) e diabetes gestacional. Baha Sibai e outros autores referem que a pré-eclâmpsia é causa tanto de malefícios à saúde da gestante quanto à saúde do bebê, sendo a maior causa de morte materna nos países desenvolvidos. Para a saúde dos bebês, a pré-eclâmpsia acarreta deficiências no desenvolvimento uterino e parto prematuro antes das 34 semanas. BAHÁ SIBAI e *et. al.*, *Pre-eclampsia*, *The Lancet*, Vol. 365, nº 9461, 2005, p. 785. David Barker refere que as condições de vida uterina exercem maior influência nas questões de saúde do indivíduo adulto do que o ambiente que o cerca, e demonstra que doenças cardiovasculares, esquizofrenia e doenças pulmonares estão diretamente relacionadas ao baixo peso e desnutrição ao nascer. DAVID J. BARKER, *The fetal and infant origins of adult disease*, *British Medical Journal*, Vol. 301, nº 6761, 1990, p. 1111. Kirsten Duckitt e Deborah Harrington retratam que de acordo com pesquisa desenvolvida em grávidas nos Estados Unidos, o risco de pré-eclâmpsia aumenta 30% para cada ano adicional acima dos 35 anos. KIRSTEN DUCKITT / DEBORAH HARRINGTON, *Risk factors for pre-eclampsia at antenatal booking: Systematic review of controlled studies*, *British Medical Journal*, Vol. 330, nº 7491, 2005, p. 566. Tamara Garrido-Gomez e outros autores comprovam a relação entre pré-eclâmpsia, que acarreta riscos de parto prematuro, com a circulação sanguínea entre o útero e placenta. TAMARA GARRIDO-GOMEZ *et al.*, *Severe preeclampsia is associated with alterations in cytotrophoblasts of the smooth chorion*, *Development*, Vol. 144, 2017, pp. 767-777.

A ausência de fixação na LPMA de limite de idade para o acesso à tecnologia reprodutiva também leva a mal-entendidos sobre a efetiva possibilidade de utilização dos óvulos criopreservados a qualquer tempo.

Conforme já referido, a Lei nº 32/2006 (LPMA) e o seu Decreto Regulamentar nº 6/2016 não estipulam idade máxima para o homem ou a mulher terem acesso às técnicas de PMA, em que pese o nº 2 do artigo 6º da LPMA fixar o limite etário mínimo de 18 anos para que os beneficiários de ambos os sexos possam recorrer às técnicas de PMA.

Por mais que a modalidade de criopreservação de óvulos ou espermatozoides não tenha sido listada no artigo 2º da LPMA, pode ser considerada inclusa na alínea que confere cláusula aberta ao rol das técnicas de PMA.

De todo modo, para a população em geral, cria-se a falsa ideia de que os embriões gerados a partir de óvulos criopreservados poderão ser implantados na mulher a qualquer tempo, sem limite de idade da futura gestante.

No entanto, como vimos, tanto o Serviço Nacional de Saúde, como o CNPMA disciplinaram limites etários para o acesso às tecnologias reprodutivas, que variam de 40, 42 a 50 anos, a depender da classificação da técnica de PMA e se será aplicada no serviço público ou privado de saúde. Tais normativas administrativas, no entanto, não obstam que clínicas ou bancos de criopreservação admitam a recolha e o congelamento de óvulos em idade em mulher com idade avançada, próximo ao limite etário para a utilização das tecnologias reprodutivas, sem que haja tempo hábil para a execução dos protocolos médicos necessários a obtenção de um ciclo reprodutivo completo.

Repita-se que, mesmo inexistindo limite etário fixado por legislação para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, não se pode olvidar que uma gravidez iniciada após os 50 anos será classificada como de alto risco, por desencadear agravos à saúde da gestante e do bebê e, muito provavelmente, não terá indicação clínica, podendo o médico se recusar a utilizar as técnicas de PMA, conforme previsão expressa do nº 2 do artigo 11º da LPMA.

Assim, avaliamos que o ganho real conferido pela criopreservação de óvulos, estimando-se que a mulher optasse por congelar o seu óvulo com a idade de 35 anos⁵⁰² e

⁵⁰² Consideramos 35 anos a idade média para o congelamento de óvulos por entender que antes desse marco a mulher pode optar pela procriação natural; contudo, não se desconhece que o apelo à jovialidade dos óvulos faça com que a mulher seja sugestionada a optar pela criopreservação muito antes disso.

que não houvesse restrição de prazo para armazenamento, seria de no máximo 15 anos, se considerarmos 50 anos como limite virtual para a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

Designamos de limite virtual para a mulher acessar as técnicas de PMA, pois mesmo ante a inexistência de um limite etário fixado por lei, vislumbramos que a idade de 50 anos será perseguida em todas as situações: ou os centros de saúde, em atendimento à função fiscalizadora empreendida pelo CNPMA, seguirão a Deliberação nº 15/II/2017 e não utilizarão as técnicas de PMA em mulheres que já atingiram os 50 anos; ou o médico ou o diretor do centro de saúde evitará a utilização das técnicas de PMA na mulher que atingiu a idade de 50 anos e invocará o nº 2 do artigo 11º da LPMA para fugir de possível responsabilização por erro médico e dos riscos associados a uma gravidez tardia.

É pertinente notar que a LPMA não define o prazo máximo de conservação dos óvulos criopreservados, tão somente disciplina no artigo 25º da LPMA o prazo de 3 anos para a manutenção da criopreservação dos embriões, podendo o diretor médico da clínica de PMA alargar o prazo por mais 3 anos.

Em que pese o artigo 25º da LPMA prever a possibilidade de a renovação do prazo de 3 anos ser feita uma única vez, o CNPMA, no item 6 da Deliberação nº 09/II, de 18 de dezembro de 2015⁵⁰³, reconhece a possibilidade de, tendo em vista circunstâncias particulares do caso, a renovação do prazo de criopreservação do embrião exceder a 6 anos.

Mesmo inexistente deliberação do CNPMA que reconheça a aplicação das regras e prazos de criopreservação do embrião à criopreservação dos óvulos ou espermatozoides, ao que tudo indica, o Conselho admite que a criopreservação de gametas, tal como entende em relação à criopreservação de embriões, pode, a pedido do beneficiário, ter prazo indefinido.

Tal posicionamento é colhido dos formulários de consentimento informado disponibilizado pelo CNPMA⁵⁰⁴ em relação ao uso das técnicas de criopreservação de

⁵⁰³ Portugal, Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, Deliberação nº 09/II, de 18 de dezembro de 2015, que estabelece o destino a dar aos embriões excedentários criopreservados decorrido o período de criopreservação previsto no nº 1 do artigo 25º da Lei nº 32/2006, disponível para consulta em <http://www.cnpma.org.pt>.

⁵⁰⁴ Formulário de consentimento informado para a criopreservação de ovócito e/ou tecido ovárico e formulário de consentimento informado para a criopreservação de espermatozoides disponível para consulta em <http://www.cnpma.org.pt>.

óvulos e espermatozoides, em que o beneficiário da técnica é advertido de que o material será mantido por um prazo de 5 anos (e não 3 anos, como prevê a LPMA em relação ao embrião). Findo o prazo, deverá o beneficiário solicitar formalmente a manutenção da criopreservação, sob pena de eliminação do material.

Por não ter sido estipulada quantidade máxima para o pedido de renovação do prazo de congelamento, supõem-se que a cada 5 anos, mediante pedido formal, poderá ser reiniciado novo prazo de criopreservação.

Não se pode deixar de reconhecer que o desenvolvimento da tecnologia de congelamento de óvulos proporciona à mulher inúmeros benefícios, dentre eles o adiamento da constituição da prole para um momento mais adequado da vida pessoal e profissional, sem preocupar-se com questões atinentes à idade fértil.

O domínio da técnica de criopreservação de óvulos, posterior à do congelamento do embrião, significou uma revolução na medicina da reprodução pois passou a permitir o armazenamento de célula reprodutiva feminina sem a necessária fusão com um gameta masculino. Trata-se, portanto, de mais uma tecnologia desenvolvida em benefício dos direitos das mulheres, de modo a preservar o seu direito à procriação dissociado de um parceiro atual.

Chega-se a afirmar que a técnica de congelamento de óvulos é que possibilitou a mulher exercer o seu direito à procriação de forma absoluta, pois agora, efetivamente, poderá escolher tornar-se mãe no momento de vida que lhe aprouver, livre de obstáculos impostos pelo relógio biológico.

O congelamento do tecido ovariano tem indicação médica no caso de mulheres com endometriose ou que estejam na iminência de se submeter a um tratamento contra o câncer ou outras doenças imunológicas que possam comprometer a capacidade reprodutiva ou que tragam riscos de mutações genéticas nos óvulos a serem concebidos durante o período do tratamento da doença.

No entanto, a utilização de tal técnica avançou no sentido de ser uma opção segura também no caso de ausência de patologia, quando apenas se almeja programar a reprodução para momento posterior à idade fértil. Essa situação tem especial relevância no caso de mulheres solteiras que almejam tornar-se mãe, mas temem só encontrarem um parceiro após a idade reprodutiva ou, mesmo na existência de parceiro, preferem adiar a

constituição da prole para o momento em que as circunstâncias pessoais e profissionais sejam mais favoráveis.

A técnica de congelamento de óvulos viabiliza, portanto, o prolongamento da fertilidade, e não somente um tratamento ou alternativa à infertilidade.

Com efeito, não se tem notícia da existência de legislação que regule o acesso ou estabeleça limites para a utilização da técnica de criopreservação de óvulos, sequer delimite a quantidade de óvulos que poderão ser armazenados e por qual período máximo de tempo. De acordo com o relatório da IFFS, foi apontado que a maioria dos Estados autorizam a criopreservação de gametas, porém não possuem similaridade na regulamentação da referida técnica⁵⁰⁵.

Assim, é forçoso concluir que o acesso à técnica de procriação assistida consistente na criopreservação de óvulos que, muitas vezes, é a etapa inicial para a aplicação de outros procedimentos da medicina de reprodução, também demanda olhar atento do legislador.

2.4.8 Transferência de embriões

O início da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida é marcado pela proliferação de gestações múltiplas, com todos os inconvenientes que a cercam, que vão desde desconfortos e lesões na constituição física da parturiente até malformações e prematuridade do feto.

Em termos práticos, o fim que se busca com a utilização das técnicas de PMA é o parto a termo, ou seja, após 9 meses de gestação, de um bebê individual (não gêmeo) e que possua peso adequado, para afastar possíveis intercorrências médicas decorrentes da prematuridade. No entanto, para a medicina da reprodução, a taxa de sucesso das técnicas de PMA é mensurada a partir da obtenção da gravidez, seja singular ou gemelar, e não necessariamente pelo parto com vida.

⁵⁰⁵ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 81.

Apesar do êxito da gravidez sempre depender de fatores pessoais da beneficiária das técnicas de PMA, tais como hábitos de vida, duração da infertilidade, reserva ovariana e níveis hormonais, fato é que os médicos concluem que o número de embriões a serem implantados ou transferidos para o útero está diretamente relacionado ao incremento das taxas de sucesso de gravidez das clínicas de saúde⁵⁰⁶.

Não se pode desassociar, inclusive, a transferência múltipla de embriões, a ocorrência de alta taxa de gestação múltipla e a consequente prática médica “corretiva” de redução seletiva fetal⁵⁰⁷, que consiste na exclusão de um feto, já em desenvolvimento, com o fim de direcionar para uma gestação individual⁵⁰⁸, suscetível de grande controvérsia ética e jurídica.

Merece salientar que a prática da redução seletiva fetal, a pretexto de estar contemplada na hipótese legal de aborto por motivo de risco à saúde da gestante, passa despercebida de uma regulamentação legal específica. Não consideramos adequado equiparar a hipótese de aborto legal justificada pelo risco à saúde da gestante e do bebê com a situação de gravidez múltipla decorrente do uso extrapolado de técnica de PMA.

O relatório da IFFS, de 2019, aponta que se antes a redução fetal era utilizada primordialmente para o caso de gestação com 3 ou mais fetos, com justificativa na alta taxa de mortalidade, hoje a prática da redução fetal mesmo em caso de gestação dupla é amplamente aceita⁵⁰⁹, como forma de corrigir a transferência de mais de um embrião.

Fato é que, não havendo nenhuma regulação ou recomendação médica que dispusesse acerca do número adequado para transferência embrionária e visando garantir o sucesso da implantação do embrião no útero, médicos responsáveis pela condução das técnicas de PMA sentiram-se confortáveis em transferir a quantidade de embriões que

⁵⁰⁶ R. STAN WILLIAMS *et al.*, *Public reporting, op.cit.*, pp. 157-158, refere que a excessiva transferência de embriões infla as taxas de sucesso de gravidez, sendo de especial interesse dos centros privados para a captação de consumidoras das técnicas de PMA.

⁵⁰⁷ MERCEDE SEBGHATI / ASMA KHALIL, *Reduction of multiple pregnancy: Counselling and techniques, Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 70, 2021, pp. 113-116. O estudo aponta que a técnica de redução fetal aplicada para reduzir a gestação múltipla para um filho único, em que pese reduzir o risco de nascimento prematuro, aumenta o risco de aborto espontâneo.

⁵⁰⁸ Sobre a redução seletiva fetal, denominada no estudo como feticídio selectivo e redução embrionária, e sua utilização generalizada em Portugal, ver ISABEL DE BARROS PEREIRA *et al*, *Selective termination and Fetal reduction: The experience of Hospital de santa Maria / Feticídio selectivo e redução Embrionária: a Experiência do Hospital de santa Maria, Acta Obstet Ginecol*, Vol 6, nº 3, 2012, pp. 101-106.

⁵⁰⁹ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019, op. cit.*, p. 105.

desejassem em cada ciclo reprodutivo, de modo a tabularem números interessantes de gravidez obtida com recurso às tecnologias reprodutivas⁵¹⁰.

O domínio da técnica de congelamento de óvulos e embriões, bem como o recurso às técnicas médicas de estimulação ovariana foram cruciais para aumentar a disponibilidade de embriões aptos a serem transferidos em cada ciclo reprodutivo realizado em laboratório, em oposição ao que ocorre no ciclo menstrual, em que, na maioria das vezes, apenas um óvulo está disponível para fecundação por vez.

No ano de 2012, uma diretiva conjunta da ESHRE e ASRM apontou que as transferências múltiplas de embriões na PMA dão ensejo a taxas superiores a 30% de gravidez gemelar⁵¹¹, mas não restou definido o número exato de embriões a serem implantados em cada ciclo, tampouco a taxa de nascimento de gemelares aceitável^{512 513}.

Em que pese os comitês internacionais ressaltarem a importância dos médicos refletirem sobre a noção de taxa de sucesso proveniente da PMA, dos pretendentes serem esclarecidos quanto aos riscos da gestação múltipla e dos governos deixarem de financiar a transferência múltipla de embriões⁵¹⁴, as entidades não se debruçaram sobre as hipóteses obrigatórias de transferência única e admitiram que a avaliação médica e a singularidade do caso podem justificar a transferência de mais de um embrião por ciclo.

Somente agora no ano de 2021, a ASRM publicou diretiva para a padronização da técnica de transferência de embriões e passou a afirmar mais incisivamente a necessidade

⁵¹⁰ René Frydman refere que os médicos de infertilidade eram alheios às complicações decorrentes das gestações múltiplas e que foram os médicos pediatras que denunciaram os males causados pela transferência excessiva de embriões. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 204.

⁵¹¹ PATRICK C. STEPTOE e *et. al.*, *Clinical aspects of pregnancies established with cleaving embryos grown in vitro*, *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 87, nº 9, 1980, pp. 757-768, precursores da técnica de fertilização *in vitro*, há muito definiram como inaceitáveis as altas taxas de gestação gemelar decorrentes do uso das técnicas de PMA.

⁵¹² R. STAN WILLIAMS *et al.*, *Public reporting*, *op.cit.*, p. 159, informa que desde o ano de 1992, com a edição da Lei de certificação da taxa de sucesso da clínica de fertilidade, os Estados Unidos adotam relatório unificado para a divulgação das taxas de sucesso de gravidez dos centros de saúde, compilado pelo Centro de Controle e Prevenção de Doenças - CDC, e que o formulário, atualmente, mensura somente a taxa de sucesso na transferência única de embrião, com forma de fomentar a boa prática médica entre as clínicas e desencorajar a transferência múltipla de embriões, posto que o alcance da gravidez em tais condições não será avaliada ou divulgada nacionalmente.

⁵¹³ PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Elective single-embryo transfer*, *Fertility and Sterility*, Vol. 97, nº 4, 2012, p. 836.

⁵¹⁴ PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Elective single-embryo transfer*, *Fertility and Sterility*, Vol. 97, nº 4, 2012, pp. 838-839.

de as técnicas de PMA conduzirem a uma gestação segura e um parto único⁵¹⁵. No referido documento, em que pese ainda reconhecer que o número de embriões a ser transferido deve ser decidido pelo médico em conjunto com a paciente, consta a advertência de que as clínicas que apresentarem taxas de gravidez múltipla acima da média podem ser descredenciadas, bem como delimita com maior precisão as hipóteses em que a transferência única de embriões é fortemente recomendada⁵¹⁶.

A gestação múltipla também é um problema de saúde pública. Os riscos associados à gestação gemelar incrementam a probabilidade de bebês nascerem prematuros e com baixo peso, a demandar cuidados especiais de saúde e vaga em UTI neonatal, o que impacta o sistema de saúde, seja público ou privado, além do risco de morte.

Em relação à mulher, a gestação gemelar eleva o risco de mau desfecho obstétrico e complicações maternas, a exemplo de distúrbios hipertensivos, diabetes gestacional e hemorragia pós-parto, e contribui para a elevação da taxa de morbimortalidade materna⁵¹⁷. Além dos agravos à saúde da gestante e do bebê, com inaceitável incremento do risco de morte, a gestação múltipla causa danos psicossociais e desafios econômicos à rede de apoio familiar⁵¹⁸.

Em uma pesquisa realizada na Suécia, foram comparados os custos totais do tratamento de fertilização *in vitro* acrescidos dos gastos com cuidados de saúde das gestantes e dos bebês. Nessa pesquisa, verificou-se que a transferência de um único

⁵¹⁵ PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Guidance on the limits to the number of embryos to transfer: a committee opinion, Fertility and Sterility*, Vol. 116, nº 3, 2021, pp. 651-654.

⁵¹⁶ PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Guidance on the limits to the number of embryos, op. cit.*, pp. 651-652. A nova diretiva estabelece que as pacientes com prognóstico favorável, independentemente da idade e as pacientes com menos de 35 anos devem se submeter a transferência única de embrião. Para as pacientes entre 38 e 40 anos, não se deve transferir mais de 3 embriões não testados ou mais de 2 blastócitos, que admite a realização de DGPI. Pacientes de 41 e 42 anos não deve receber mais de 04 embriões não testados ou mais de 03 blastócitos.

⁵¹⁷ MERCEDE SEBGHATI / ASMA KHALIL, *Reduction of multiple pregnancy, op. cit.*, pp. 113-114. As Autoras descrevem que as gestações múltiplas aumentam em 5 vezes o risco de natimorto e em 7 vezes o risco de morte neonatal, que significa o óbito do bebê logo após o nascimento, em comparação à gestação única. Em relação à gestação de múltiplos em ordem superior a 2, há probabilidade de parto com extrema prematuridade antes das 32 semanas de gestação, o que pode provocar paralisia cerebral, doença pulmonar crônica, atraso no desenvolvimento e morte.

⁵¹⁸ PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Elective single-embryo transfer, op. cit.*, p. 837, aponta que os custos financeiros associados a uma gestação gemelar são quadruplicados em relação a uma gravidez única, e aumentam em dez vezes, no caso de gestação de trigêmeos.

embrião por ciclo reprodutivo, embora demande a realização de mais ciclos de fertilização *in vitro* para a obtenção de uma gravidez bem-sucedida, demonstrou ser mais econômica quando comparada com a prática de transferência de dois ou mais embriões por ciclo reprodutivo. Ao final, restou concluído que a transferência de mais de um embrião por ciclo reprodutivo implica o acréscimo dos gastos com cuidados de saúde da mulher e dos bebês provenientes de gestações múltiplas⁵¹⁹.

A despeito da poupança a longo prazo com os custos de cuidados de saúde e da diminuição da incidência de gestação gemelar, até o momento da pesquisa na Suécia, não se teve notícia de clínicas de saúde adotarem o protocolo de transferência única de embrião por ciclo de fertilização *in vitro*, tendo em vista que ainda se aposta na transferência de dois ou mais embriões por ciclo para o aumento das taxas de sucesso de gravidez⁵²⁰.

A aceitabilidade dos médicos em ainda adotar como padrão ouro a transferência de mais de um embrião por vez conta com o consentimento dos próprios beneficiários das técnicas de PMA, que preferem reduzir custos financeiros imediatos e conter desconfortos emocionais na esperança de engravidar na primeira tentativa.

Acreditamos que o fato de as técnicas de PMA serem ou não executadas no Serviço Nacional de Saúde pode influenciar a tomada de decisão sobre os riscos que envolvem a transferência múltipla de embriões. Se o procedimento for custeado pelos cofres públicos, há uma melhor aceitação dos beneficiários na transferência única de embriões por ciclo; se o procedimento for executado em clínicas particulares, sem contrapartida pública, a tendência é que os próprios beneficiários solicitem a transferência de mais de um embrião, com aceitação dos riscos que envolvem a técnica⁵²¹.

⁵¹⁹ P. WOLNER-HANSEN / H. RYDHSTROEM, *Cost-effectiveness, op. cit.*, pp. 88 e 93. Dentre os parâmetros analisados, foi comparado os custos de licença médica da gestante e hospitalização durante a gravidez, partos, taxa de cesariana, terapia intensiva neonatal e assistência à saúde da criança com deficiência após a transferência de um ou dois embriões. O autor informa que em estudo anterior, estimou-se o custo de 39 mil dólares com procedimentos de fertilização *in vitro* acrescidos dos gastos com os cuidados de saúde da gestante e do bebê proveniente de gestação única e de 340 mil dólares para gestações triplas e quádruplas. Ao final, o autor refere existir interesse dos Estados em regulamentarem a procriação medicamente assistida, em especial com o estabelecimento do número de embriões a serem transferidos em cada ciclo reprodutivo, em razão da sociedade absorver grande parte dos custos decorrentes das complicações de gestações múltiplas, com impacto no serviço nacional de saúde.

⁵²⁰ P. WOLNER-HANSEN / H. RYDHSTROEM, *Cost-effectiveness, op. cit., idem.*

⁵²¹ Também nesse sentido, ABHA MAHESHWARI e *et. al.*, *Global variations in the uptake of single embryo transfer, Human reproduction update, Vol. 1, n° 1, 2011, p. 119. pp. 107-120*

O relatório da Federação internacional de vigilância das sociedades de fertilidade - IFFS, datado de 2019, noticia que dos 84 Estados que responderam a indagação, 46% reconhecem que não regulamentaram, seja por lei ou através de agências reguladoras, o número de embriões a serem transferidos por ciclo de PMA. Consta no documento que, em que pese os avanços verificados para a melhoria da seleção dos embriões, a suposta vantagem não refletiu na adoção ampla da transferência única de embriões⁵²².

Ido Ben-Ami *et al.*, consideram que somente se adotará como regra a transferência única de embriões quando restar definido que a taxa de sucesso das técnicas de PMA é unicamente obtida através do nascimento com vida de bebê individual, e não contabilizada com a gravidez ou o parto de gêmeos⁵²³.

Apesar de ter sido observado que alguns Estados já dispõem de legislações que estabelecem a transferência única de embriões como, por exemplo, a Turquia, a Finlândia, a Suécia, a Bélgica, o Canadá e o Reino Unido⁵²⁴, nota-se que mesmo nesses Estados, a regra da transferência única admite muitas exceções, com os regramentos a autorizar a transferência de mais de um embrião a depender do prognóstico clínico, da idade da mulher e do número de ciclos já iniciados com a PMA sem a obtenção anterior da gravidez.⁵²⁵

Todavia, há algum tempo estudos demonstram que as taxas de sucesso de gravidez, seja na transferência única de embriões, seja na transferência dupla, são relativamente similares, quando há pelo menos 3 embriões disponíveis para transferência em bancos de criopreservação⁵²⁶, o que indica a necessidade de se adotar a transferência única de embriões como método padrão, por não comprometer significativamente a esperada gravidez e afastar peremptoriamente a gestação múltipla.

Denota-se que o movimento em prol da transferência única de embriões é um fenômeno recente. Somente após o ano de 2015 é que é possível constatar a multiplicidade

⁵²² SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, pp. 48-50. ABHA MAHESHWARI *et. al.*, *Global variations*, *op. cit.*, concluem que a transferência única de embriões somente será amplamente adotada com a devida regulamentação legal e a mudança no financiamento das técnicas de PMA.

⁵²³ IDO BEN-AMI *et al*, *Indications for in vitro fertilization*, *op.cit.*, p. 87.

⁵²⁴ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁵²⁵ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 205.

⁵²⁶ ELISABET CLUA *et al.*, *Elective single-embryo transfer in oocyte donation programmes: Should it be the rule?*, *Reproductive biomedicine online*, Vol. 25, nº 6, 2012, pp. 642-648.

de artigos científicos que defendem a transferência única de embrião em cada ciclo produzido em laboratório, com vistas a impedir os transtornos causados à saúde da gestante e do bebê nos casos de gestação múltipla⁵²⁷, bem como para reduzir o número de gametas ou embriões criopreservados.

De toda sorte, pesquisas que se debruçam sobre o assunto ainda apontam uma baixa ocorrência de transferência única de embriões, com indicação de taxas que não ultrapassam 9% do total de transferências realizadas por centros de saúde.⁵²⁸

Por absurdo, não é raro encontrar artigos científicos atuais que ainda se posicionam contrários à adoção da transferência única de embriões, por comprometer a taxa de sucesso das tecnologias reprodutivas⁵²⁹.

Com o avanço das técnicas de DGPI e da criopreservação de óvulos, que juntas possibilitam a busca por embriões de melhor qualidade para o desenvolvimento da gravidez, consideramos que não subsistem justificativas para a permanência da prática médica de transferência múltipla de embriões. Devem-se buscar melhores taxas de sucesso de gravidez com o aperfeiçoamento das técnicas que garantam a boa qualidade do embrião a ser transferido, e não buscar aumentar as chances com a transferência de mais de uma unidade.

Como dito anteriormente, o fim a ser buscado pela PMA deveria ser o nascimento com vida de um bebê individual, e não o desenvolvimento da gestação a qualquer custo, com o comprometimento da saúde do binômio mãe-bebê.

⁵²⁷ O termo médico utilizado para a transferência única de embriões é SET, o que em inglês significa *Single Embryo Transfer*. Em favor da transferência única de embriões, D.S.MILINGOS / S.BHATTACHARYA, *Single embryo transfer, Obstetrics, gynaecology and reproductive medicine*, Vol. 19, nº 8, 2009, pp. 229-231; B. BOYLE e *et. al.*, Trends in the prevalence, risk and pregnancy outcome of multiple births with congenital anomaly: A registry-based study in 14 European countries 1984–2007, *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 120, nº 6, 2013, pp. 707-716; Y. IKEMOTO e *et. al.*, Prevalence and risk factors of zygotic splitting after 937.848 single embryo transfer cycles, *Human Reproduction*, Vol. 33, nº 11, 2018, pp. 1984-1991. A transferência única de embriões também é recomendada pela Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHR), Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) e Sociedade Indiana de Reprodução Assistida (ISAR), ver EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, Revised guidelines for good practice in IVF laboratories (2015), *Human Reproduction*, Vol. 31., nº 4, 2016, pp. 685-686, item 11.5, PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, Elective single-embryo transfer, *Fertility and Sterility*, Vol. 97, nº 4, 2012, pp. 835-842 e MADHURI PATIL / DURU SHAH, Maximum number of embryos to be transferred in assisted reproductive technologies cycle: Ethics opinion, *Journal of Human Reproductive Sciences*, Vol. 11, nº 2, 2018, pp. 93-95.

⁵²⁸ ELISABET CLUA *et al.*, *Elective single-embryo transfer, op. cit.*, p. 645.

⁵²⁹ RAGAA MANSOUR, *Embryo transfer technique*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, p. 720.

O longo tempo transcorrido sem a contenção da desarrazoada prática pela própria classe médica, autoriza o legislador a estabelecer limites mais definidos para o número de embriões a serem transferidos em cada ciclo reprodutivo, como forma de minimizar os riscos obstétricos e perinatais.

2.4.9 CRISPR e a edição de genes

Ultrapassado o debate acirrado acerca da clonagem humana, com a maioria dos Estados a reconhecer a sua proibição⁵³⁰, entramos na era da discussão calorosa sobre a engenharia genética.

Embora se insista em distinguir a ferramenta CRISPR do âmbito das técnicas de PMA, com a peculiaridade de não ter sido listada por ocasião da edição da LPMA, consideramos que a técnica possui forte relação com as tecnologias reprodutivas, com aplicação no momento da seleção do embrião a ser transferido.

O alardeado caso do cientista chinês que, em 28 de novembro de 2018, anunciou durante a Conferência do genoma humano⁵³¹, em Hong Kong, ter modificado os genes de irmãs gêmeas com vistas a impedir que as crianças contraíssem o HIV mesmo se entrassem em contato com o vírus, causou indignação na classe médica⁵³², por tê-lo feito com o sacrifício de um gene reconhecido como importante para impedir consequências danosas causadas pelo vírus da gripe.

Se o mesmo cientista médico vier a excluir tal gene de todas crianças que irão nascer em sua cidade, com recurso às técnicas de PMA, a próxima geração poderá ser dizimada por uma simples epidemia de gripe. Tal exemplo hipotético, pensado antes da crise pandêmica da Covid-19, tem especial relevância nos tempos atuais.

⁵³⁰ SONIA ALLAN *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, p. 137. A LPMA, no seu artigo 36º criminaliza a prática da clonagem humana.

⁵³¹ Evento denominado de *Second International Summit on Human Genome Editing*, ocorrido em Hong Kong, de 27 a 29 de novembro de 2018. A primeira Cúpula Internacional sobre Edição de Genes Humanos, realizada em dezembro de 2015, ocorreu em Washington, nos Estados Unidos. O evento é patrocinado pelas Academias Nacionais de Ciências, Engenharia e Medicina dos EUA, pela *Royal Society* britânica e pela Academia Chinesa de Ciências.

⁵³² Conforme noticiado nas principais mídias internacionais, pesquisável em <https://edition.cnn.com/2018/11/26/health/china-crispr-gene-editing-twin-babies-first-intl/index.html> e <https://www.theguardian.com/world/2018/nov/27/china-orders-inquiry-into-worlds-first-gene-edited-babies>.

A ferramenta para a edição do genoma utilizada por He Jiankui, professor da Universidade de Ciência e Tecnologia do Sul, em Shenzhen, cunhada de sistema CRISPR, consiste no emprego da enzima Cas9 para cortar a sequência do DNA que se almeja editar e, após sintetizar uma nova sequência do RNA guia, fazer introduzir esse novo sequenciamento no DNA do embrião.

A CRISPR foi descoberta por acaso, a partir da decodificação de DNA de células de bactérias simples, em que se verificou a presença de sequências idênticas espaçadas de forma repetitiva. A essa descoberta, Francisco Mojica, pesquisador espanhol, no ano de 2001, deu o nome de repetições palindrômicas curtas agrupadas e regularmente interespaciaadas, formando o acrônimo em inglês CRISPR (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*)⁵³³.

Mais adiante, descobriu-se que o sistema CRISPR era a forma como as bactérias incorporavam no seu DNA sequências do DNA dos vírus que entravam em contato, de modo a passar para a sua descendência a imunidade adquirida contra o vírus. O papel da enzima Cas9 era justamente cortar os pedaços do DNA dos vírus e, por meio do RNA guia, inseri-lo no DNA da própria bactéria⁵³⁴.

Ou seja, verificou-se que o sistema CRISPR funciona como um sistema imunológico rudimentar das bactérias, em que se copiam e colam nas regiões espaçadoras do DNA, sequências genéticas dos vírus que combateu, como forma de passar a informação para as próximas gerações de bactérias.

Hoje, além de possibilitar a edição do genoma humano, o sistema CRISPR, que engloba o domínio da enzima para efetuar o corte de DNA do vírus, da molécula de RNA que irá enviar a informação genética e, por fim, a inclusão do novo seguimento no DNA da célula, está a se tornar a mais avançada tecnologia de criação de vacinas, tendo relevância no desenvolvimento de vacinas para a contenção do vírus da Covid-19⁵³⁵.

⁵³³ FRANCISCO MOJICA / FRANCISCO RODRIGUEZ-VALERA, *The discovery of CRISPR in archaea and bacteria*, *The FEBS journal*, Vol. 283, nº 17, 2016, pp. 3165-3166.

⁵³⁴ WALTER ISAACSON, *The code breaker*, *op. cit.*, pp-91-97 e 112. Nas pesquisas iniciais, verificou-se que o sistema CRISPR funciona como um sistema imunológico rudimentar das bactérias, em que se copia e cola nas regiões espaçadoras do DNA, sequências genéticas dos vírus que se teve contato, como forma de passar a informação para as próximas gerações

⁵³⁵ WALTER ISAACSON, *The code breaker*, *op. cit.* pp. 455 e ss., aponta que, com a nova tecnologia de criação de vacinas através do sistema CRISPR, ao invés de apostar na composição tradicional de vírus desativado, a vacina passa a infiltrar segmentos de RNA contendo a sequência do DNA do vírus a ser combatido, de modo que o RNA leva a informação genética para as células.

O conhecimento do sistema imunológico das bactérias, que significa a prevenção a novos ataques dos vírus que já teve contato anteriormente, abriu a possibilidade de nossas células também conterem em seu DNA a informação genética do vírus Sars-Cov-2, de modo a criar uma memória permanente transmitida hereditariamente.

A primeira publicação científica aponta para o uso da tecnologia CRISPR-Cas9 desde o ano de 2005⁵³⁶, no entanto restrita a animais ou pesquisa científica em células humanas que não deram origem a um nascimento com vida.

O relatório da Federação Internacional das Sociedades de Fertilidade, publicado no ano de 2019, informa que, em que pese não ter sido noticiada a utilização da tecnologia CRISPR até março de 2018, 16 dos 73 Estados que responderam à indagação afirmaram que admitiam a utilização da técnica em seu território⁵³⁷.

Embora o manuseio da tesoura biológica seja aparentemente simples, a complexidade reside na criação da nova sequência de DNA substituta. Um erro na edição pode inativar toda a cadeia do DNA ou até mesmo criar mutações acidentais que serão copiadas para todas as demais células do embrião. Não há ainda garantias de que a enzima Cas9 apenas remova a parte do DNA que se almejou retirar⁵³⁸, e o problema reside justamente no efeito colateral causado ao rearranjo final do sequenciamento do genoma, ou o estrago causado além do alvo mirado⁵³⁹.

⁵³⁶ RODOLPHE BARRANGOU *et al.*, *CRISPR provides acquired resistance against viruses in prokaryotes*, *Science*, Vol. 315, nº 5819, 2007, pp.1709-1712. De forma diversa, CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 232, aponta que a ferramenta CRISPR só passou a ser utilizada no ano de 2015.

⁵³⁷ SONIA ALLAN *et al.*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019*, *op. cit.*, pp. 95-97. Sobre a utilização da CRISPR, Portugal contou como desconhecer a utilização da técnica. Para Cristina Eguizabal, Nuria Montserrat e Juan Carlos Izpisua Belmonte, a técnica da Crispr-Cas9 para a modificação do genoma tende a ser mais socialmente aceita do que a fertilização *in vitro* tridimensional, no qual se faz a combinação de material genético de três pessoas para a constituição do embrião despojado da doença genética. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 234.

⁵³⁸ HEIDI LEDFORD, CRISPR, the disruptor, *Nature*, Vol. 522, 2015, p. 21. Jennifer Doudna esclarece que o risco associado à edição do DNA de uma célula reprodutiva ou embrião é maior pois a mutação operada será repetida em todas as células do indivíduo, inclusive nas suas próprias células reprodutivas, ao passo que a edição do DNA de uma célula não reprodutiva de um indivíduo adulto apenas irradiará efeitos para o organismo da pessoa tratada e a mutação não será transmitida para os herdeiros. JENNIFER DOUDNA, Embryo editing needs scrutiny, *Nature*, Vol. 528, 2015, p. 6.

⁵³⁹ PUPING LIANG e *et. al.*, *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human triprounuclear zygotes*, *Protein & cell*, Vol. 6, nº 5, 2015, pp. 363-372. No estudo, os Autores admitiram que o uso do sistema CRISPR-Cas9 operou cortes no DNA não pretendidos, o que a ciência médica convencionou chamar de clivagem fora do alvo, acarretando em mutações não desejáveis, e reconheceu a necessidade de se aprimorar a precisão e a segurança da técnica antes do seu uso em embriões humanos.

No caso anunciado no Congresso, He Jiankui declarou ter eliminado o gene CCR5 da cadeia de DNA das irmãs gêmeas, como o intuito de tornar as crianças resistentes ao vírus do HIV, da varíola e da cólera.

No entanto, em uma pesquisa científica idêntica, em que se procedeu a mesma edição do genoma com a eliminação do gene CCR5, alguns zigotos permaneceram com o gene CCR5 ativados ou sofreram outras mutações não esperadas⁵⁴⁰. A referida pesquisa apontou que o local da clivagem, ou corte do DNA, bem como em outros locais da cadeia de DNA diversos do alvo da tesoura (enzima Cas9), sofreram inserções e eliminações de genes não projetadas.

Mais uma vez, resta demonstrado que o perigo à ampla utilização do sistema CRISPR não reside somente no ato de cortar a cadeia de DNA, mas no fato da edição do genoma espalhar efeitos colaterais no rearranjo final com a nova sequência de DNA introduzida.

Além do risco de clivagem das sequências de DNA que não estavam previstas no alvo, a nova sequência a ser incorporada ao DNA, através do sistema de RNA, causa mutações não projetadas em laboratório⁵⁴¹.

O relatório final do Projeto Genoma Humano já havia identificado a complexa interoperabilidade entre os genes e que a seleção ou remoção de genes isolados trazem instabilidade e erros ao sequenciamento final do genoma humano⁵⁴².

Por não demandar a utilização de equipamentos médicos sofisticados e ser uma tecnologia de fácil manuseio por parte dos especialistas, a demandar apenas o conhecimento da enzima Cas-9 que, no fundo, se trata de uma molécula de proteína,

⁵⁴⁰ PUPING LIANG e *et. al.*, *CRISPR/Cas9-mediated gene editing*, *op. cit.*, p. e THOMAS J. CRADICK *et al.*, *CRISPR/Cas9 systems targeting β -globin and CCR5 genes have substantial off-target activity*, *Nucleic acids research*, Vol. 41, nº 20. 2013, pp. 9590-9591. Os últimos Autores afirmam que a clivagem do gene CCR5 tem uma eficiência de 65%, por clivar outras pontas do DNA que não foram programadas, a induzir outros arranjos cromossômicos não desejados.

⁵⁴¹ THOMAS J. CRADICK *et al.*, *CRISPR/Cas9 systems targeting*, *op. cit.*, p. 9584.

⁵⁴² J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *Science*, Vol. 291, nº 5507, 2001, p. 1347. O Projeto Genoma Humano, criado em 1990 nos Estados Unidos, é retratado como um projeto de colaboração internacional em que se almejava mapear todas as sequências de pares de bases de DNA, para, ao final, revelar os genes codificados. O projeto foi estimado com duração de 15 anos e com investimento de 3 bilhões de dólares.

cientistas temem o uso desenfreado da técnica antes que se tenha certeza da sua segurança e eficiência⁵⁴³.

Na modificação operada por He Jiankui, em que se recortou o gene responsável por possibilitar o desenvolvimento do HIV no caso de o indivíduo ter contato com o vírus, suscita-se a questão que foi promovida a edição do genoma humano mesmo sem doença genética pré-existente.

No tocante à SIDA, talvez fosse mais nobre a comunidade médica concentrar esforços na busca de uma cura para a doença do que apresentar o milagre da edição genética, de difícil acesso para populações pobres, como uma solução para a doença.

Alan H. Handyside, presidente da Sociedade Internacional de Diagnóstico Genético Pré-Implantação⁵⁴⁴, esclarece que ainda não existem estudos médicos que atestem a segurança na utilização da tecnologia CRISPR para a edição do genoma humano⁵⁴⁵, de forma que o desconhecimento das consequências que poderão advir da engenharia genética é suficiente para impedir a utilização da técnica.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, em 29 de novembro de 2018, publicou, em seu endereço eletrônico oficial, nota denominada Manipulação genética em embriões humanos através do uso de técnicas de edição de genoma: A posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, a condenar veementemente o anúncio do investigador He Jiankui da Universidade de Shenzhen - China, sobre a realização da modificação genética efetuada em embriões humanos, com recurso à técnica de edição de genoma designada por CRISPR⁵⁴⁶.

A referida nota do CNECV ressaltou a necessidade de, em sequência à proibição de manipulação do genoma humano contida na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa, de 2010, proceder-se à regulamentação internacional complementar para evitar que ocorram situações similares.

⁵⁴³ HEIDI LEDFORD, CRISPR, *op. cit.*, pp. 20-24. Cristina Eguizabal, Nuria Montserrat e Juan Carlos Izpissua Belmonte revelam que diversas empresas (CRISPR Terapêutica, Cellectis, Sangamo Terapêutica, Caribou Biosciences, Editora Company, Precision Biosciences e Intellia Therapeutics) estão empenhadas em desenvolver a tecnologia de edição do genoma para combater a anemia falciforme, talassemia, fibrose cística, hemofilia, HIV, hepatite B, dentre outras. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, Forty, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁴⁴ Endereço eletrônico da *International Society for Pre-implantation Genetic Diagnosis*: <http://www.pgdis.org/>.

⁵⁴⁵ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, Forty, *op. cit.*, p. 226. No mesmo sentido, JENNIFER DOUDNA, Embryo, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁴⁶ Nota publicada em <https://www.cnecv.pt/pt>, com acesso em 03 de dezembro de 2018.

Mesmo sem haver deliberada intenção de modificação do genoma, o uso desenfreado da seleção de genes propiciado pelo estágio atual das técnicas de PMA conduz ao mesmo efeito da mutação genética.

A ilimitada produção de embriões com vistas a selecionar aquele que detenha as melhores características genéticas atualmente consideradas, sem que se tenha conhecimento das funções desempenhadas pela simbiose dos genes⁵⁴⁷, invariavelmente implica no descarte de genes até então desconhecidos ou tidos por desnecessários.

Consideramos que, no atual estágio da aplicação das técnicas de PMA, praticamente todas as tecnologias reprodutivas, nomeadamente a estimulação ovariana, a ICSI, a maturação de óvulos, a criopreservação de óvulos e até mesmo a fertilização *in vitro*, demandam complexa análise do sequenciamento do DNA do embrião formado em laboratório, a acarretar o mesmo resultado verificado na modificação do genoma através das tecnologias de engenharia genética, por excluir, de forma sistemática, uma lista de genes da constituição biológica das crianças nascidas com recurso à PMA.

Até hoje os cientistas médicos não sabem listar todas as causas que levam a um aborto espontâneo, porém reconhecem que este tem importância na reprodução humana. No domínio da seleção natural, abortos espontâneos ocorrem para impedir que embriões sem viabilidade propiciem continuidade a uma gestação.

O mecanismo do aborto espontâneo poderia ser relevante na seleção *in vitro*, em que as características genéticas foram deliberadamente escolhidas, para impedir a continuidade de uma gestação inviável. No entanto, o excessivo recurso à medicalização na gravidez, sobretudo naquelas decorrentes do uso das técnicas de PMA, pode desafiar o mecanismo do aborto espontâneo como forma de controle para gestações temerárias. O descontrolo na seleção *in vitro* pode igualmente desconsiderar algum gene relevante para acionar o aborto espontâneo.

Por mais que se tente distinguir a engenharia genética e a aplicação do diagnóstico genético de pré-implantação dos objetivos e finalidades das técnicas de PMA, fato é que elas estão inseridas no contexto da procriação artificial e da fertilização *in vitro*. É

⁵⁴⁷ ANITA RAUCH, *The genetic landscape of intellectual disability*, *Portuguese Society of Human Genetics, Medicine*, Vol. 98, nº 26, 2019, p. 1. No estudo sobre os marcadores genéticos da deficiência intelectual, foi descrito que não é possível determinar os genes recessivos dos ascendentes que contribuem para o baixo QI, pois diversas variantes herdadas de significado funcional desconhecido também colaboram para a característica.

incompatível a utilização das técnicas de edição do genoma e DGPI na gravidez espontânea, dado que no modelo da seleção natural o embrião não está disponível para análise em laboratório.

Dessa forma, é compreensível que haja confusão entre as técnicas que se destinam somente a possibilitar uma gravidez daquelas que vão além e almejam a escolha deliberada dos genes que comporão a constituição biológica da futura criança.

Não se duvida que resultados inesperados possam decorrer da retirada de circulação de um gene.

Seja com a utilização de técnicas sofisticadas para a exclusão e colocação de genes do sequenciamento do DNA do embrião, seja com a simples escolha preordenada das características genéticas em testes de biópsia pré-implantação, entendemos que ambos os métodos conduzem à modificação genética das futuras gerações, por tirar de circulação categorias de genes preteridos.

O sequenciamento dos genes e o mapeamento do DNA, alcançados com o Projeto Genoma⁵⁴⁸, permitiram a descoberta de importantes genes, mas os próprios cientistas reconhecem a incompletude do estudo⁵⁴⁹. Muitos genes ainda estão inseridos na categoria de não conhecidos. Alguns genes conhecidos e classificados como inoperantes podem ter funções valiosas se associados a outros genes⁵⁵⁰.

Dessa forma, a seleção *in vitro* aplicada na presença de lacunas de conhecimento acerca da complexidade genética é o mesmo que um salto no escuro, uma decisão em que não se pode mensurar as consequências. Futuramente, especialistas que conduziram a seleção de embriões nos laboratórios de PMA e, por consequência, promoveram a escolha preordenada de características genéticas, poderão ser responsabilizados pela modificação de genoma de uma geração inteira.

⁵⁴⁸ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *Science*, Vol. 291, nº 5507, 2001, p. 1305. O Projeto Genoma Humano, criado em 1990 nos Estados Unidos, é retratado como um projeto de colaboração internacional em que se almejava mapear todas as sequências de pares de bases de DNA, para, ao final, revelar os genes codificados. O projeto foi estimado com duração de 15 anos e com investimento de 3 bilhões de dólares.

⁵⁴⁹ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *op. cit.*, p. 1334. Os cientistas que participaram do Projeto Genoma Humano concluíram que os estudos são preliminares e limitados. CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty*, *op. cit.*, p. 223. Joe Leigh Simpson enfatiza que apenas um terço dos genes tem uma função conhecida. Consideramos que a seleção de genes, dentro de um universo de dois terços de genes com serventia desconhecida, é por demais temerário.

⁵⁵⁰ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *op. cit.*, p. 1335, apontaram os genes com função desconhecida como não reais ou falsos-positivos.

Além da complexidade das funções desempenhadas por cada gene em isolado, há ainda que se pensar nas combinações relevantes de genes⁵⁵¹ que podem estar sendo menosprezadas por desconhecimento e pelo foco ser restrito na seleção dos genes conhecidos. Só será possível fazer comparações quando toda a informação referente aos genes, quer em isolado ou em conjunto, estiver disponível.

Os cientistas referem que existem milhares de variações genéticas que contribuem para a diversidade humana e que o fato de terem identificado um número modesto de genes em comparação com o que se estimava encontrar é compensado pela interação combinatória entre eles, a confirmar que, em matéria de DNA, não existe correlação de 1 para 1, como se apenas um gene fosse determinante para a presença ou inexistência de uma doença ou característica⁵⁵².

Ao final, as conclusões do Projeto Genoma Humano apontam, em mais de uma oportunidade, a incompletude do conhecimento acerca da função e a interoperabilidade dos genes, sendo imperioso o domínio de outros fatores e estímulos que regulam a atividade genética para a exata compreensão das funções desempenhadas pelos pares de base da molécula de DNA⁵⁵³.

Se as técnicas que visam à seleção *in vitro* do embrião são destinadas apenas para impedir a transferência do embrião sem viabilidade, não se questiona a sua legitimidade. No entanto, dada a ausência de limites impostos à quantidade de embriões ou óvulos armazenados em laboratório, as técnicas de seleção *in vitro* não estão a ser recrutadas apenas para atestar a viabilidade do nascimento com vida, e sim operar a seleção das melhores características genéticas atualmente conhecidas em um universo ilimitado de gametas e embriões.

Não há dúvidas de que, mesmo já atingida a viabilidade fetal, beneficiários das técnicas anuem e médicos insistem na fertilização *in vitro* até alcançar aquele que será considerado o superembrião, tendo apenas como limite o teto financeiro e a disposição da vontade dos beneficiários.

⁵⁵¹ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome, op. cit.*, pp. 1330.

⁵⁵² J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome, op. cit.*, pp. 1340-1346. Os cientistas descobriram ser inviável definir a complexidade do genoma humano com a simples análise de genes isolados.

⁵⁵³ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome, op. cit.*, pp. 1346-1347.

Os benefícios proporcionados pelas tecnologias reprodutivas não devem ser objeto de restrições ao seu acesso. Por óbvio, não há como negar que as técnicas promissoras na análise genética pré-implantação impediram que muitas gestações fossem estabelecidas sem garantia de viabilidade fetal.

No entanto, não se pode descurar que a utilização sem limites de todo potencial propiciado pelas técnicas de PMA causa o efeito de, ao revés do que ocorre na seleção natural, um gene ser descartado não por ser menos “forte”, e sim por ausência de conhecimento da sua utilidade e função na imbricada teia de combinação genética.

Não mais subsistindo o requisito da subsidiariedade, ou seja, que somente no caso de comprovada a ausência de gestação pelos métodos naturais ou tradicionais pelo período de 1 ano é que se faculta o acesso à medicina reprodutiva, hoje se pode dizer que a procriação medicamente assistida constitui em mais uma alternativa à procriação, em pé de igualdade com a procriação natural, como mais um método disponível para a reprodução humana.

Reconhecer que a mulher e o homem possuem autonomia para escolher livremente sobre o método de procriação, nomeadamente entre a procriação natural ou a procriação medicamente assistida, no entanto, não implica afirmar que qualquer dos métodos conferem os mesmos benefícios à criança a ser concebida.

Nenhuma decisão na medicina reprodutiva é livre de consequências. Até o melhoramento de técnicas médicas que não suscitam sérios questionamentos como, por exemplo, o domínio da criopreservação de óvulos, pode causar riscos à saúde da criança a ser concebida em idade superior à esperada para a maternidade⁵⁵⁴.

Os danos concretos causados à saúde da mulher com a rotineira prática de estimulação ovariana, a conseqüente transferência múltipla de embriões e a lenta mudança de paradigma obtida pela classe médica alertam para a necessidade de regulamentação legal do uso das técnicas de PMA, com monitoramento e vigilância em saúde.

⁵⁵⁴ R. STAN WILLIAMS *et al.*, *Public reporting of assisted reproductive technology outcomes: Past, present, and future*, *American journal of obstetrics and gynecology*, Vol. 212, n° 2, 2015, p. 160, aduz que são observados melhores indicadores de saúde no recém-nascido nas transferências únicas de embrião realizados em beneficiárias até 35 anos.

Não há como negar que o uso da procriação medicamente assistida envolve riscos e, a depender da técnica escolhida, o risco pode ser consideravelmente aumentado. O aumento do risco não significa, por si só, a proibição do uso das tecnologias reprodutivas. A própria gravidez natural comporta riscos de defeitos congênitos. De forma semelhante, já se afirmou no primeiro capítulo que a escolha pelo parto cesárea ou a escolha pela medicalização excessiva podem representar malefícios à criança. No entanto, ninguém é tolo de afirmar que a presença do risco eliminará a possibilidade de a gestante fazer as suas escolhas.

O ponto a que se quer chegar é que a presença do risco de aneuploidia ou de transmissão de outras doenças congênitas não é forte o suficiente para justificar uma limitação severa no uso das técnicas de procriação medicamente assistida. O método tradicional de procriação também comporta, ao seu modo, riscos similares. Outro motivo deve ser capaz de justificar uma limitação no direito a procriar através de todo o potencial disponibilizado pelo atual desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida.

Quais seriam, afinal, os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos que justificam a limitação ao uso das técnicas de PMA? É a pergunta a que almejamos responder no capítulo terceiro.

3. Justificativas jurídico-constitucionais para a limitação do uso das tecnologias reprodutivas

Em um mundo frenético e imediatista, as técnicas disponibilizadas pela medicina da reprodução contemplam as ambições da sociedade pós-contemporânea, no sentido de que concretizam o projeto parental com a rapidez desejada. A sociedade do consumo e a instabilidade dos relacionamentos amorosos não comportam a espera por uma gravidez espontânea e natural. Tratamentos de longo prazo para a infertilidade e tentativas fracassadas de gravidez não estão nos planos do casal que almeja conceber um filho *right now*.

Na ânsia de apresentar resultados satisfatórios de gravidez, muitas técnicas de procriação medicamente assistida são largamente utilizadas sem evidências quanto a não maleficência e ao largo das consequências advindas para as futuras gerações.

Permitir a utilização irrestrita das alternativas colocadas à disposição pelo avanço das tecnologias reprodutivas, em especial aquelas dirigidas a selecionar o embrião detentor do mais alto padrão genético, conduz por transformar a procriação assistida em mais uma atividade posta à serviço de clientes e consumidores.

Por outro lado, negar a utilização, em absoluto, das técnicas de procriação medicamente assistida, ou então condicionar o seu acesso somente por motivos de saúde, restringe demasiadamente os direitos a constituir família e a autonomia na decisão reprodutiva.

A escolha sobre a reprodução não deixa de ser uma decisão individual protegida pelo ordenamento jurídico. No entanto, consideramos que o exercício do direito a procriar através das tecnologias reprodutivas que afetem o futuro da espécie humana merece regulamentação pelo Estado, sobretudo quando implicar em modificação das condições de sobrevivência das próximas gerações.

A procriação medicamente assistida demanda legislação rígida; porém, na prática, inúmeras são as dificuldades em se regulamentar procedimentos médicos atrelados ao desenvolvimento de biotecnologias em constante evolução. Já se passaram mais de quarenta anos desde o primeiro nascimento do bebê com o uso da tecnologia de reprodução assistida e, até o momento, não é possível afastar por completo o caráter experimental de algumas modalidades de PMA.

Em que pese existirem autores que considerem que a limitação do acesso a algumas técnicas de procriação medicamente assistida constitua um capricho do legislador para a imposição de padrões de moralidade para a reprodução⁵⁵⁵, defendemos que o livre manuseio de determinadas técnicas de procriação medicamente assistida provoca risco real de eliminação da diversidade genética, essencial para a manutenção da vida humana.

A fertilização *in vitro*, precursora das técnicas de procriação medicamente assistida, em nada se assemelha as atuais técnicas de ICSI e edição de DNA, e novos limites são testados diuturnamente por cientistas no mundo das infinitas possibilidades da tecnologia reprodutiva.

Do mesmo modo, os usos conjugados das modalidades de estimulação ovariana, de criopreservação de óvulos e embriões e do diagnóstico genético de pré-implantação, invariavelmente desvirtuaram a finalidade terapêutica inicial e direcionaram o uso das técnicas de PMA para o caminho, talvez sem volta, da seleção desenfreada de genes⁵⁵⁶.

De todas as questões éticas que envolvem a utilização das tecnologias reprodutivas, sem dúvida a manipulação genética é a que requer a maior atenção dos legisladores. O uso indiscriminado de certas tecnologias reprodutivas com o propósito deliberado ou o efeito secundário de *editar* bebês desafia a força das convenções internacionais e dos preceitos constitucionais, por violar a proteção conferida aos direitos ao patrimônio genético e à biodiversidade, ambos classificados como de patrimônio comum da humanidade⁵⁵⁷.

Ao que parece, a utilização de algumas técnicas de procriação medicamente assistida, com o fim único de controlar e selecionar os genes do embrião, está a extrapolar alguns limites éticos e sobretudo jurídicos, a merecer a devida censura.

Em que pese os conhecidos argumentos da impossibilidade de o legislador acompanhar os avanços provenientes do progresso científico, estando a ciência sempre um passo à frente das leis, o perigo do manuseio das técnicas de procriação medicamente

⁵⁵⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, “Dá-me licença, *op. cit.*, p. 2, alega que padrões morais não servem como justificativa para a imposição de limites à procriação medicamente assistida, o que concordamos.

⁵⁵⁶ HAROLD W. BAILLIE / TIMOTHY K. CASEY, *Is human nature obsolete? Genetic engineering and the future of the human condition*, 2004, p. 4, referem que a problemática do uso das tecnologias reprodutivas não se resume apenas em adicionar uma característica aqui e subtrair um defeito acolá, e sim as implicações radicais impostas à humanidade.

⁵⁵⁷ O conceito de patrimônio comum da humanidade será discorrido no item próprio.

assistida, que produz efeitos similares à engenharia genética, é real e conhecido, podendo desde já ser limitada a utilização das tecnologias reprodutivas com fundamento no quadro jurídico-constitucional em vigor.

O objetivo do presente capítulo, portanto, é aprofundar quais seriam as consequências negativas do uso imoderado da procriação medicamente assistida que, em conjunto, corroboram a necessidade de o Estado regulamentar o tema, bem como levantar os fundamentos jurídico-constitucionais que possibilitam, desde já, limitar o uso das tecnologias reprodutivas.

3.1 Consequências do uso imoderado da procriação medicamente assistida

No estudo que ora se propôs, a pergunta que norteou nossa pesquisa pode ser formulada da seguinte maneira: quais são os riscos e as consequências advindas da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida que justificam sua limitação pela legislação? E, em seguida, quais seriam os fundamentos jurídico-constitucionais para a imposição desses limites?

Muito se fala sobre o perigo da edição genética, mas, afinal, até que ponto a utilização de todo o potencial das tecnologias reprodutivas compromete a nossa humanidade?

Por certo, um erro na escolha ou no descarte de genes pode perdurar por várias gerações. A tecnologia reprodutiva também edita erros genéticos. Se as escolhas feitas pelos médicos e cientistas no momento da utilização das técnicas de PMA podem comprometer a saúde das gerações futuras, então é razoável que sejam estabelecidas restrições ao exercício dessa atividade.

A Constituição portuguesa atribui ao Estado o poder de disciplinar e fiscalizar o exercício da medicina, o que inclui a comercialização e o uso de produtos químicos, biológicos, farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico (alínea e) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP). O artigo 60.º da CRP descreve o direito dos consumidores à proteção da saúde.

Jorge Miranda e Rui Medeiros, ao comentarem o número 1 do artigo 60º da CRP, esclarecem que o direito à proteção da saúde e da segurança pressupõe a comunicação prévia, pelo fornecedor, dos riscos que as utilizações normais dos serviços colocados à disposição do mercado possam resultar à saúde e à segurança dos consumidores. Os autores acrescentam ainda que o direito à informação dos consumidores revela-se crucial nas situações de disparidade ou desnivelamento de conhecimento de fornecedores e consumidores, e cita como exemplo a comercialização de cuidados de saúde⁵⁵⁸.

Canotilho e Vital Moreira, por sua vez, descrevem que o artigo 60º da CRP consagra o consumidor de bens e de serviços como titular de direitos fundamentais e que a maior parte desses direitos estabelecem tanto deveres para o fornecedor de bens e serviços, como para o Estado, com o fim de assegurar a realização plena dos direitos dos consumidores. Em sequência, os Autores afirmam que o direito à proteção da saúde e da segurança dos consumidores justificam a proibição de comercialização ou a obrigação específica de fornecer informação qualificada que esclareça os riscos associados ao consumo dos bens e serviços que impactem a saúde humana⁵⁵⁹.

Quanto ao dever do Estado de disciplinar e regulamentar a comercialização de produtos farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico, expresso na alínea e) do número 3 do artigo 64º da CRP, Canotilho e Vital Moreira referem que compete ao Estado instituir um sistema nacional de farmacovigilância de medicamentos de uso humano, que abrange muito mais que produtos farmacêuticos⁵⁶⁰.

A utilização de tecnologia reprodutiva, portanto, invoca a aplicação dos preceitos constitucionais relativos à proteção do consumidor, nomeadamente os que objetivem garantir um nível elevado de proteção da saúde humana.

A disponibilidade de uma técnica de procriação medicamente assistida no mercado de consumo não garante que o seu desenvolvimento cumpriu as regras de vigilância em saúde e segurança do consumidor, nem tampouco que o seu uso não importará em violação de direitos fundamentais.

⁵⁵⁸ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada, op. cit.*, p. 1174.

⁵⁵⁹ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, op. cit.*, p. 780.

⁵⁶⁰ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, op. cit.*, p. 830.

O avanço e a complexidade das técnicas de procriação medicamente assistida dificilmente seriam antevistos pelo legislador constitucional. Desta forma, é razoável que a Constituição portuguesa não tenha feito nenhuma ressalva expressa ao uso de uma tecnologia reprodutiva em específico.

Conforme suscitado no capítulo segundo e aprofundado adiante, consideramos que, no estágio atual das técnicas de PMA, não é mais possível distinguir, com precisão, as fronteiras da utilização de uma tecnologia reprodutiva com indicação médica da edição ou escolha deliberada da constituição genética do embrião, posto que ambas as técnicas de biotecnologia se encontram intimamente imbricadas.

Por essa razão, urge que sejam apontados os motivos e as justificativas jurídico-constitucionais que recomendam o olhar atento do legislador para a regulamentação e a adequação do uso das tecnologias reprodutivas.

3.1.1 Seleção *in vitro* das características genéticas

Regra geral, todas as células dos seres humanos carregam quarenta e seis cromossomos ao longo de sua vida útil. Na fecundação natural, sem a utilização de técnica de procriação medicamente assistida, o espermatozoide e o óvulo fornecem metade da informação genética do embrião a ser formado. No entanto, não se pode presumir qual dos vinte e três cromossomos serão transmitidos por cada gameta sexual, por motivo do evento conhecido por meiose recompor a informação genética aleatoriamente⁵⁶¹.

O número consideravelmente alto de abortos espontâneos⁵⁶² sugere que nem todo embrião formado pelo método tradicional no útero feminino está apto a desenvolver uma gravidez ou conceber o nascimento com vida.

⁵⁶¹ RUTH DEECH / ANNA SMAJDOR, *From IVF to immortality: Controversy in the era of reproductive technology*, 2007, p. 11. As autoras esclarecem que por motivo da fusão aleatória dos cromossomos, filhos dos mesmos pais não possuem o mesmo DNA, a não ser no caso de gêmeos idênticos.

⁵⁶² ESHRE GUIDELINE GROUP on RPL *et al*, *ESHRE guideline: recurrent pregnancy loss, Human reproduction open 2018*, nº 2, 2018, pp. 15 e 17, define aborto espontâneo como a perda da gravidez antes do feto atingir a viabilidade, o que incluiu todas as perdas espontâneas de gravidez desde a concepção até as 24 semanas de gestação. De acordo com a ESHRE, estudos estimam que a perda espontânea da gravidez acomete de 10 a 15% das gestações.

No entanto, a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida afasta os dogmas da aleatoriedade dos cromossomos e o controle natural do abortamento espontâneo, posto que a utilização da tecnologia reprodutiva pressupõe a escolha deliberada dos gametas e embriões a serem implantados, bem como o emprego abundante de medicação para garantir a receptividade do útero.

A simples coleta, a escolha e a posterior introdução de um único gameta masculino no aparelho reprodutor feminino já representa o afastamento da seleção natural e impõe um novo tipo de regra a viger na fase pré-vida, o que ora denominamos de seleção *in vitro*.

A técnica de diagnóstico genético de pré-implantação, largamente utilizada na procriação medicamente assistida, permite que, além dos embriologistas, os beneficiários das técnicas de PMA saibam com antecedência as características genéticas dos embriões antes da sua transferência para o útero, a inaugurar a possibilidade de seleção preordenada das características do filho ainda a ser concebido, sem precedentes na era da tecnologia reprodutiva.

Antes, a técnica trivial de diagnóstico pré-natal possibilitou aos casais conhecer o código genético dos bebês em formação no útero, e com isso decidirem prosseguir, ou não, com a gestação; o diagnóstico genético de pré-implantação suplanta essa fase e viabiliza aos casais e beneficiários das técnicas de PMA o poder de selecionarem os embriões, e por consequência, os genes, do ser que ainda não foi gestado⁵⁶³.

A demanda criada pela medicina da reprodução de escolha das características genéticas da criança a ser concebida equivale a necessidades artificiais que alimentam o consumo por mais tecnologias reprodutivas. São falsas necessidades, justamente porque não são essenciais para a garantia da saúde e da integridade da criança.

No estágio atual da técnica, não há mais como delimitar precisamente a demanda pelo diagnóstico genético de pré-implantação das demais técnicas genuínas de fertilização *in vitro*. Cada vez mais a medicina da reprodução impõe a utilização do DGPI como medida preventiva para garantir o sucesso da implantação uterina, sendo difícil desvincular o uso da biópsia embrionária das demais técnicas de PMA.

⁵⁶³ KATHRYN EHRICH *et al.*, *Choosing embryos: ethical complexity and relational autonomy in staff accounts of PGD*, *Sociology of Health & Illness*, Vol. 29, nº 7, 2007, p. 1092.

Por mais que a LPMA exija como requisito para o acesso à técnica de DGPI o risco de aneuploidia ou transmissão de doença genética ao embrião, tal requisito, além de abarcar uma diversidade de situações, não impede a utilização generalizada da DGPI, posto que toda e qualquer utilização das técnicas de PMA incrementa o risco de aneuploidias⁵⁶⁴. Assim, da forma como disciplinado pela legislação, o simples fato do uso das tecnologias de reprodução para a constituição de prole legítima a aplicação do DGPI.

Mesmo que alguns autores não considerem o DGPI como uma técnica de procriação medicamente assistida, a LPMA não faz distinção. De igual modo, o glossário internacional sobre infertilidade, que procura conferir padronização dos termos utilizados globalmente na medicina da reprodução, também incluiu o teste genético pré-implantação na lista das técnicas de PMA⁵⁶⁵.

O teste genético de pré-implantação, portanto, seja no âmbito doméstico, seja no cenário internacional, é considerado uma técnica de procriação medicamente assistida⁵⁶⁶.

O glossário internacional define o teste genético de pré-implantação como a análise do DNA dos embriões e óvulos ou para determinar anomalias genéticas. A utilização da locução “ou” demonstra que a análise do DNA pode não ter a finalidade de investigar anomalias genéticas. O mesmo verbete explicita que os testes incluem rastreio de aneuploidias e para análise de rearranjos estruturais de cromossomos⁵⁶⁷.

Assim, é possível concluir que a utilização do teste genético de pré-implantação, segundo o glossário internacional, não está limitada à análise de cariópatias e anomalias genéticas.

Os defensores do uso irrestrito do DGPI sustentam que negar à gestante o acesso à técnica que permite decifrar o código genético do embrião significa impor aos beneficiários das tecnologias reprodutivas a tomar uma decisão desinformada e inconsciente, pois terão que aceitar o implante dos embriões produzidos em laboratório sem ter conhecimento prévio do quadro de saúde da criança a ser concebida.

⁵⁶⁴ Conforme referido no item 2.4.5, dá-se o nome de aneuploidia a exclusão ou a inclusão de um ou mais cromossomos no cariótipo considerado normal, a ensejar algumas doenças genéticas.

⁵⁶⁵ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international, op. cit.*, pp. 397.

⁵⁶⁶ O glossário internacional explicita que a denominação de diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI) foi substituído pelo termo teste genético de pré-implantação (PGT). FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international, op. cit.*, p. 404.

⁵⁶⁷ FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD e *et. al.*, *The international, op. cit.*, p. 404.

No entanto, não se deve perder de vista que na procriação natural ocorre justamente o mesmo; o embrião é formado no útero sem que se tenha conhecimento antecipado acerca dos marcadores genéticos.

Não negamos que a utilização do DGPI tem como efeito positivo afastar possíveis doenças genéticas e impedir a interrupção de gravidez pela inviabilidade do embrião, porém defendemos no presente estudo que o uso exacerbado do potencial conferido pelas técnicas de PMA importa em alterar o curso da evolução humana, com a exclusão sistemática de genes que podem ter a sua importância revelada em um futuro próximo⁵⁶⁸.

Uma mutação ocorrida em um cromossomo na seleção natural só irá ser herdada por metade dos descendentes e, desta forma, levará algum tempo para ser identificada em uma população e ainda assim não atingirá a totalidade das pessoas. Se a mesma mutação fizer parte do rol das características genéticas desejadas, será deliberadamente selecionada para compor a constituição biológica de todas as crianças que vierem a nascer com recurso às técnicas de PMA.

Se mais tarde vier a ser constatado que a característica genética selecionada está relacionada com o desenvolvimento de novas doenças, as populações submetidas às técnicas de PMA não contarão com um grupo de pessoas que não tenham herdado a mutação e todos estarão sujeitos ao contágio da doença. A seleção *in vitro*, portanto, também é causa de mudança permanente do genoma humano.

As taxas de sucesso na fertilização *in vitro* dependem de muitos fatores e, na tentativa de obter resultados superiores à fertilização natural, a ciência médica lançou mão de diversas técnicas que se sobrepõem. Na ânsia em se obter um embrião geneticamente viável para a transferência uterina, coloca-se à disposição uma tecnologia que fornece muito mais informações do que as necessárias para se garantir um nascimento com vida.

Não há dúvidas da legitimidade da utilização da DGPI e demais técnicas de PMA para se obter um embrião saudável; o dilema se apresenta quando as mesmas técnicas médicas, para além de afastar o risco de doença congênita, descortinam outros caracteres do embrião que não são essenciais à saúde e ao bem-estar do indivíduo.

⁵⁶⁸ STEPHANIE DUKHOVNY / MARY E. NORTON, *What are the goals of prenatal genetic testing?*, *Seminars in perinatology*, Vol. 42, nº 5, 2018, p. 272, afirmam que o DGPI, assim como em muitas áreas da medicina, está a ser utilizado com o propósito de garantir as preferências individuais dos pacientes.

Atualmente, podemos enumerar os atributos de beleza, tamanho, força, resistência, inteligência, memória, criatividade, resiliência, charme e confiança como sendo o *pool* de atributos idealizado pelos pais para os seus filhos, e muitos de tais atributos estão disponíveis para escolha através da seleção de embriões propiciada pelo uso das técnicas de PMA.

É difícil pensar em uma autolimitação voluntária das escolhas dos genes por parte do profissional médico que teve acesso aos dados genéticos do embrião, bem como dos beneficiários das técnicas de PMA⁵⁶⁹, quando em jogo o futuro, a aparência, a boa aceitação, a aptidão e as habilidades do filho que nascerá. Nenhum indivíduo médio decidiria não escolher os melhores caracteres genéticos do seu filho, de acordo com as suas convicções pessoais, caso tivesse oportunidade de fazê-lo.

O aconselhamento genético pré-implantação, que consiste na etapa em que os casais beneficiários das técnicas de PMA são orientados pelos profissionais de saúde sobre as características genéticas dos embriões desenvolvidos em laboratório, para a escolha consciente do exemplar a ser implantado no útero, pode ser considerada uma arena em que o direito à autonomia reprodutiva dos pais entra em combate com o direito ao livre desenvolvimento da criança a ser concebida através das técnicas de PMA⁵⁷⁰.

Muito mais do que uma vantagem especial para a criança nascida com recurso às técnicas de PMA, o perigo consiste no fato de que a escolha sistemática das mesmas características genéticas pela seleção *in vitro* conduz à idêntico efeito das edições genéticas, em que uma gama de genes é menosprezada ou deixada fora para a prevalência dos genes mais cobiçados, que podem não ser necessariamente os mais saudáveis.

A escolha deliberada do *pedigree* da criança concebida com recurso às tecnologias reprodutivas levanta sérias críticas acerca da utilização de todo potencial das técnicas de PMA, quando em confronto com aqueles que não tiveram as mesmas oportunidades de melhoramento genético por ocasião da sua concepção.

⁵⁶⁹ KATHRYN EHRICH *et al.*, *Choosing embryos.*, *op. cit.*, pp. 1094-1095, afirma que, por mais desconcertante que seja, os profissionais de saúde que atuam em clínicas de reprodução assistida reconhecem que permitem aos casais beneficiários das técnicas a possibilidade de escolherem os embriões a serem transferidos.

⁵⁷⁰ Também nesse sentido, DENA S. DAVIS, *Genetic dilemmas and the child's right to an open future*, *Hastings Center Report*, Vol. 27, nº 2, 1997, pp. 7-8. De acordo com o autor, Joel Feinberg nomeou o direito dos nascidos pelas técnicas de PMA como sendo o direito da criança a um futuro aberto.

3.1.2 Neoeugenia e o condicionamento das gerações vindouras

As primeiras referências à palavra eugenia remonta ao ano de 1883 e são atribuídas a Francis Galton⁵⁷¹, excêntrico antropólogo inglês que utilizou o termo para nomear o pensamento científico e político da época consistente na busca dos indivíduos bem-nascidos através da reprodução seletiva e a evitar o cruzamento entre pessoas incapazes⁵⁷².

Galton, em sucessivos escritos de sua autoria, ao concluir que indivíduos mais dotados são, frequentemente, parentes de indivíduos igualmente bem-nascidos e talentosos, sugere a adoção de mecanismos de seleção inteligente, com a promoção de casamentos entre os mais aptos e dificultando-se a reprodução dos menos dignos⁵⁷³.

As ideias eugenistas contaminaram o mundo entre as décadas de 30 a 70 do século passado, tendo diversos Estados promulgado leis que, de alguma forma, promoviam a esterilização compulsória dos considerados inaptos a se perpetuarem.

O ápice da aplicação da teoria eugenista marcou a Alemanha nazista a partir do ano de 1933, cujo governo extravasou os limites éticos aceitáveis e, sob o pretexto de limpeza social da raça ariana, legalizou a esterilização forçada de pessoas que sofriam de doenças mentais, alcoolismo, cegueira, surdez, deficiências físicas, bem como de crianças negras e judias. Para o cumprimento da lei de esterilização compulsória, foi criado na Alemanha os Tribunais de Sanidade Hereditária. Estima-se que entre 1934 e 1935, duzentas mil pessoas tenham sido esterilizadas e, posteriormente, seis a sete milhões de judeus foram exterminados na Alemanha nazi⁵⁷⁴.

Na era da tecnologia da reprodução, filósofos e juristas sentem-se provocados a remodelar o conceito original de eugenia, numa tentativa de dissociar a novel seleção de

⁵⁷¹ FRANCIS GALTON, *Inquiries into human faculty and its development*, 1883.

⁵⁷² NICHOLAS W. GILLHAM, *Sir Francis Galton and the birth of eugenics*, *Annual review of genetics*, Vol. 35, nº 1, 2001, p. 84, esclarece que a base da teoria desenvolvida por Galton acerca da eugenia foi influenciada pelo pensamento de seu primo Charles Darwin, após ler o renomado livro *A origem das espécies*, publicado originalmente no ano de 1859. Por curioso, como bem pontuado por LUIS J. ARCHER, *Filosofia da nova genética russa*, *Revista portuguesa de filosofia*, T.10, F.1, 1954, p. 56, as teorias de evolução da espécie de Darwin só foram confirmadas na prática meio século depois com as experiências de Mendel.

⁵⁷³ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op cit.*, pp. 24-26.

⁵⁷⁴ Dados colhidos em HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op cit.*, pp. 37 e 40. Também a discorrer sobre a relação entre as ideias eugenistas e o holocausto, HELOÍSA G. SANTOS / ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Genética para todos: De Mendel à Revolução Genómica do Século XXI*, 1ª ed., 2019, p. 116.

genes dos horrores do holocausto. Com esse ímpeto, surgiram novas releituras da distinção entre eugenia negativa e eugenia positiva, com o acréscimo das matizes neoeugenia e eugenia liberal.

A eugenia positiva é descrita como o conjunto de técnicas que facilitam a transferência de genes considerados bons e a eugenia negativa, por sua vez, a aplicação das técnicas que refutam a propagação de genes prejudiciais, causadores de doenças e mazelas⁵⁷⁵. Na eugenia tradicional, fomentou-se o casamento entre pessoas com as melhores qualidades biológicas (eugenia positiva) e a esterilização em massa das pessoas com algum tipo de deficiência física e mental, ou portadoras de características consideradas inaptas (eugenia negativa).

O termo neoeugenia é com frequência relacionado a Carlos María Romeo Casabona⁵⁷⁶, e passou a ser utilizado após a segunda guerra mundial. Com uma nova roupagem, a neoeugenia passa a significar a utilização das tecnologias reprodutivas com o objetivo de atender o desejo dos pais em obterem um filho com os melhores traços genéticos disponíveis, com o compromisso de que as intervenções genéticas respeitarão a autonomia reprodutiva e o consentimento informado dos genitores.

Romeo Casabona, que considera que a neoeugenia protege a espécie humana e garante melhores condições de vida, expressamente menciona as técnicas de procriação medicamente assistida como ferramentas eugênicas da atualidade. Ao detalhar as modalidades de técnicas de PMA, o Autor indica que o aconselhamento genético e o diagnóstico pré-natal seguidos de aborto terapêutico são manifestações de eugenia negativa, enquanto o uso de DGPI seguido da seleção de embriões possui classificação mista⁵⁷⁷, posto que tanto viabiliza a seleção dos melhores genes, como propicia o descarte de embriões com carga genética inservível.

Por sua vez, Habermas denomina a nova fase do pensamento eugenista como eugenia liberal, em que os ideais político-liberais se manifestam na escolha de genes, sob

⁵⁷⁵ Conceito desenvolvido em HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito, op cit.*, p. 19, e atribuído a Luis Archer.

⁵⁷⁶ Conforme os autores ALLEN BUCHANAN *et al.*, *From chance to choice: Genetics and justice*, 2001, p. 14 e IVANA DE OLIVEIRA FRAGA / MÔNICA NEVES AGUIAR, Neoeugenia: O limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana, *Revista Bioética*, Vol. 8, nº 1, 2010, pp. 124-125.

⁵⁷⁷ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, Las prácticas eugenésicas: Nuevas perspectivas, in *Romeo Casabona CM*, Bilbao, 1999, pp. 9-26.

a perspectiva de que o afastamento da doença e a melhoria da qualidade de vida só resultará efeitos benéficos para a espécie humana⁵⁷⁸.

A ausência de demarcação clara entre o que é permitido e o que é proibido em matéria de escolha de genes tem possibilitado a utilização das tecnologias reprodutivas em seu grau máximo, a desconstruir as fronteiras entre o que é escolha de genes necessária para a garantia da saúde da criança a ser concebida, e o que consiste em mera preferência dos pais (e da sociedade em geral) em relação a sua prole.

É curioso observar o quão volátil são as justificativas apresentadas ao longo da história da medicina preditiva para embasar o direito à escolha dos genes: em casos de reconhecida eugenia negativa, suscita-se argumentos de cunho terapêutico para a sua aplicação⁵⁷⁹, enquanto a eugenia positiva, ou a escolha de genes para aperfeiçoamento da espécie, tida inicialmente como injustificada, agora ganha nova dimensão com as tecnologias reprodutivas.

A tentativa de diferenciar a neoeugenia da eugenia praticada nos campos de concentração alemão não mascara o fato de que, tanto em uma como na outra, o fim que se busca é a seleção antecipada de genes que compõem o padrão estabelecido por determinadas pessoas, em uma determinada época⁵⁸⁰. Tanto na eugenia do presente como na eugenia do passado, o objetivo perseguido é a obtenção de indivíduos mais aptos em termos de força e intelecto.

A possibilidade da escolha dos genes que constituirão o patrimônio genético da criança a ser concebida através das técnicas de PMA não é uma realidade distante, e faz parte do dia a dia dos laboratórios de genética.

Os abusos e horrores cometidos por governos totalitários com a adoção de políticas eugênicas para a população, que tiveram como pretexto a limpeza da raça, ou a busca por padrões genéticos de boa aparência, fortalecem as críticas em torno das tentativas de alteração da composição genética do indivíduo.

⁵⁷⁸ JÜRGEN HABERMAS, *The future of human nature*, 1ª ed., Cambridge, 2003.

⁵⁷⁹ Pode-se citar como exemplo de eugenia negativa com justificativa de cunho terapêutico a escolha deliberada pelo sexo do embrião, no caso de doenças genéticas que afetam somente um sexo em específico.

⁵⁸⁰ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op cit.*, p. 83, considera que as técnicas de seleção de doador, de inseminação intracitoplasmática de espermatozoides, de seleção de embriões por meio de DGPI, o aborto por indicação eugênica, a terapia gênica em célula germinal e a clonagem humana reprodutiva constituem práticas eugênicas e, portanto, discriminatórias.

Afinal, de que forma a escolha voluntária das características genéticas do nascido através das técnicas de PMA se assemelha às práticas eugênicas?

Não escolhemos nosso arquétipo genético ao nascer. Assim, é de se indagar até que ponto a escolha persuasiva dos genes que comporão o patrimônio genético dos descendentes não tolhe a autonomia do indivíduo a usufruir de uma vida sem premissas pré-estabelecidas.

A definição dos melhores genes que envolvam características não médicas pressupõe escolhas subjetivas que quase sempre são tomadas por terceiros⁵⁸¹, ou por padrões ditados por uma coletividade, suscetível que é a modismos, influências efêmeras e falhas de julgamento.

Até mesmo escolhas de genes inofensivos como, por exemplo, o tamanho da orelha, o formato do joelho ou o lado dominante para a escrita, que corresponde ao padrão destro ou canhoto, pode significar estigmatização ou preconceito com os indivíduos que não possuam as mesmas características *top trend*⁵⁸².

A perfeição genética não encontra um sentido racional ou objetivo, e estará adstrita a influências do ambiente, da cultura e das circunstâncias vividas em uma determinada época ou lugar. Nunca haverá unanimidade na escolha do melhor código genético para a raça humana.

Muitas vidas e conflitos foram marcados por tentativas de encaixar a pluralidade humana em modelos estanques de aparência, conduta e padrões desejáveis.

Ademais, o acesso desigual às técnicas de PMA, posto que nenhum Estado está disponível para custear o uso de tecnologias reprodutivas à totalidade de sua população, conduz a existência de indivíduos privilegiados geneticamente em detrimento dos que não foram concebidos através das tecnologias reprodutivas, que passarão suas características genéticas aos seus descendentes, a perpetuar grupos virtualmente mais

⁵⁸¹ Também nesse sentido, ARTHUR L. CAPLAN *et al.*, *What is immoral about eugenics?*, *BMJ*, Vol. 319, nº 7220, 1999, p. 1284. De acordo com os autores, as preocupações mais comuns em torno da engenharia genética podem ser resumidas em 03 espécies: uso de coerção, imposição de padrões arbitrários e injustiças causadas pelas escolhas genéticas.

⁵⁸² Expressão em voga no cenário internacional que sinaliza os modelos de tendência sobre um determinado assunto.

aptos e dotados de características e genes tidos por superiores para o desenvolvimento da humanidade⁵⁸³.

Provavelmente, criar-se-á um terreno fértil para a configuração de um dote genético, em que indivíduos com características genéticas superiores, deliberadamente selecionadas por ocasião da concepção através das técnicas de PMA, são reconhecidos por possuírem vantagem biológica para os desafios da vida.

A despeito da teoria da evolução preconizada por Mendel, que sufraga a prevalência natural dos genes mais fortes ou dominantes em uma determinada população, as técnicas de PMA forçam a prevalência dos genes tidos por mais importantes ou relevantes, conforme julgamento proferido por médicos, cientistas e sociedade em geral.

Como vimos, a utilização das técnicas de DGPI e a novel CRISPR, em que pese notória importância para o afastamento de doenças genéticas graves, apontam para a seleção desenfreada dos genes que a sociedade elege como componentes do melhoramento genético: maior altura, melhor memória, melhor condicionamento físico e a sempre temida escolha de sexo sem causa médica relacionada.

Quanto mais aberto for o campo das possibilidades de escolha das características genéticas dos filhos, maior será a expectativa dos pais em delinearem a constituição genética da prole.

Mesmo na famigerada escolha de sexo, consideramos frágeis os argumentos sobre um suposto equilíbrio entre homens e mulheres para justificar a seleção preordenada do sexo do embrião, naqueles Estados em que é possível fazer tal escolha⁵⁸⁴.

É pretensioso afirmar que apenas as famílias compostas pelo mesmo número de meninos e de meninas, ou com pessoas de todos os gêneros disponíveis, serão harmônicas ou equilibradas. Por trás da tentativa de justificar um possível descompasso ou desarmonia em famílias que possuem dois ou mais filhos do mesmo sexo, revela-se o inegável desejo dos pais de obter um filho do sexo de predileção.

⁵⁸³ MAXWELL J. MEHLMAN, *How will we regulate genetic enhancement, op. cit.*, pp. 687-688, relembra que a desigualdade de oportunidades é vista com frequência como um fator de instabilidade política e social, e conclui que corroe a crença da igu

⁵⁸⁴ Conforme já pontuado no capítulo segundo, A LPMA, no seu artigo 7º, proíbe a utilização das técnicas de PMA para a escolha do sexo.

O uso das técnicas de PMA, nos tempos atuais, ultrapassou as barreiras da indicação médica e da prevenção de doenças congênitas, consolidando-se no terreno do melhoramento de funções ou características do ser humano para além do defensável.

Se a seleção *in vitro* de embriões fosse direcionada unicamente para a escolha daqueles que contivessem genes que impedissem o agravamento de doenças, que corrigissem o envelhecimento natural ou apresentasse melhor tolerância aos poluentes ambientais, talvez não suscitasse dúvidas quanto a sua aplicação⁵⁸⁵.

É extremamente difícil precisar a linha que divide os melhoramentos e escolhas de genes *in vitro* que fundamentalmente se prestam a proteger a vida e a saúde do concebido através das técnicas de PMA, daqueles voltados ao aprimoramento de características frívolas, ou sem relação com a manutenção da vida humana.

Até mesmo a melhor memória e inteligência podem ser consideradas supérfluas para um indivíduo médio, mas essenciais para uma pessoa com deficiência mental.

O termo *gene doping* ou *gendoping* já foi criado para nomear as modificações de cunho não terapêutico promovidas diretamente no DNA do embrião com vistas a melhoria do desempenho esportivo⁵⁸⁶. O Comitê Olímpico Internacional já demonstra preocupação com o fato de que, diferentemente das drogas, a edição ou a seleção preordenada de genes não serão acusados no exame de sangue ou urina dos atletas⁵⁸⁷.

A escolha repetida dos genes eleitos pela sociedade, em uma determinada época, como os mais relevantes, sempre levantará questionamentos acerca da discriminação subjacente a tal conduta, com a marginalização dos seres humanos que não comungaram da possibilidade de terem os seus genes ou características selecionadas ou melhoradas⁵⁸⁸.

O uso das técnicas de PMA aprofunda, mais ainda, o abismo existente entre o grupo dos indivíduos com as melhores características e genes e aqueles portadores de

⁵⁸⁵ JOHN HARRIS, *Is gene therapy a form of eugenics?*, *Bioethics*, Vol.7, nº 2-3, 1993, p. 184, entende que o melhoramento genético direcionado à cura de uma doença ou aumento da expectativa de vida não deve ser considerado como uma prática eugenista.

⁵⁸⁶ TOON VAN DER GRONDE *et al.*, *Gene doping: an overview and current implications for athletes*, *British Journal of Sports Medicine*, Vol. 47, nº 11, 2013, pp. 670-678.

⁵⁸⁷ MICHAEL J. SANDEL, *The Case against perfection*, *op. cit.*, pp- 9-14. Há rumores de que o atleta Cristiano Ronaldo, que tem filhos concebidos através da técnica de gestação de substituição levada a efeito no estado da Califórnia, tenha selecionado os genes das crianças de acordo com a aptidão e habilidades para a prática de esportes.

⁵⁸⁸ Discriminação pelo fato de que, além das tecnologias reprodutivas não estarem disponíveis a toda a gente, nem todos podem pagar pelos melhoramentos genéticos.

deficiência e outras singularidades. Até que ponto as melhorias buscadas com a seleção do embrião detentor do conjunto mais favorável de genes são executadas em prol da criança ou para atender as preferências dos pais/médicos/sociedade?

No mínimo, a utilização recorrente das técnicas de PMA, especialmente no caso em que não há qualquer indicação médica, dividirá a sociedade entre os que foram melhorados geneticamente (pela escolha preordenada dos melhores genes disponíveis para a formação do embrião) e aqueles que não tiveram o mesmo privilégio, agravando ainda mais a noção de igualdade de oportunidades para todos os indivíduos⁵⁸⁹.

A tendência para homogeneizar os traços e características genéticas atenta contra a diversidade humana e aumenta a desvantagem dos indivíduos com alguma deficiência.

A surdez, em si, não pode ser considerada uma doença grave, posto que, em tese, não diminui a expectativa de vida, tampouco a pessoa surda é considerada menos feliz do que a média geral por não exercer a capacidade de ouvir. Para além do debate acerca das possíveis escolhas das características genéticas não atender o melhor interesse da criança, sustenta-se que a escolha preordenada do estatuto genético da criança a ser concebida através das técnicas de PMA viola o direito da criança a um futuro aberto, que preconiza o pluralismo e a aleatoriedade das características genéticas para a formação da personalidade do indivíduo⁵⁹⁰.

Relembremos o caso do casal de mulheres Sharon Duchesneau e Candace McCullough que esbanjaram o orgulho de serem surdas e demonstraram a riqueza de uma vida com limitação auditiva, de modo a buscarem a mesma experiência de vida para o seu filho⁵⁹¹. Com isso, afirmamos a incoerência tanto da busca incessante para afastar características genéticas que não causam prejuízo demasiado ao desenvolvimento da vida,

⁵⁸⁹ MAXWELL J. MEHLMAN, *How will we regulate genetic enhancement*, *op. cit.*, p. 687. O autor considera que os melhoramentos genéticos feitos no nível do embrião para enaltecer certas qualidades do indivíduo constituem verdadeira trapaça, no sentido de que revelam uma vantagem injusta desfrutada pelos concebidos através das técnicas de PMA. A trapaça, no caso, se dá em razão de que melhor performance esportiva, tônus corporal e inteligência somente serão obtidas pelos indivíduos que não tiveram acesso às técnicas de PMA através de esforço pessoal, treinamento resistido, educação e leitura contínua; enquanto para os concebidos através das tecnologias reprodutivas, tais acessórios viriam “de fábrica”.

⁵⁹⁰ Sobre o direito da criança a um futuro aberto, ver DENA S. DAVIS, *Genetic dilemmas and the child's right*, *op. cit.*, pp. 9-12. A seleção de genes constitui uma violação ao direito da criança a um futuro aberto, na medida em que as escolhas parentais moldam o quadro genético da criança, afastando o comando da natureza para as escolhas genéticas aleatórias.

⁵⁹¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Temas de Direito Pediátrico*, *op. cit.*, p. 94. MAXWELL J. MEHLMAN, *How will we regulate genetic enhancement*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 34, 1999, p. 677, relembra que as deficiências são assimiladas como prejuízos mais graves do que são percebidas pelos próprios portadores de deficiência.

como a escolha direta de características genéticas que comprometam o livre-arbítrio da criança a nascer.

A surdez e a cegueira não são condições que se apresentam exclusivamente no início da vida, podendo acometer crianças, adultos e idosos sem relação direta com a genética, como no caso de acidentes graves ou pelo desgaste natural do órgão ou sentido. Eliminar ou extirpar a surdez e a cegueira congênita da loteria genética pode criar o efeito deletério de aumento de discriminação com o público deficiente, ou até mesmo a regressão do uso da linguagem dos sinais, pelo seu desuso, a tornar a vida do cego ou do surdo por acidente mais difícil e intolerável.

Saúde e doença moldam comportamentos humanos, e isso foi plenamente constatado na pandemia da Covid-19. Para além das vidas perdidas e do impacto causado à economia dos Estados, não se pode perder de vista os avanços científicos, as mudanças culturais e os movimentos de cooperação internacional impulsionados pela grave crise sanitária global.

Não se quer com essa afirmação defender que o desenvolvimento científico deve deixar de combater as doenças, porém é preciso reconhecer que certas patologias carregam em si um potencial desafiador que direciona o desenvolvimento da humanidade, seja no campo científico, geopolítico, profissional ou mesmo interpessoal.

Sem dúvida, as descobertas do antibiótico, da vacina, do diagnóstico por imagem, da nanotecnologia, dentre outros exemplos, possuem relação causal com doenças predecessoras. Eliminar por completo determinada doença, por mais inofensiva que seja, pode comprometer sobremaneira os passos necessários para a surgimento de um novo medicamento para o combate de uma recente geração de vírus.

Decerto, a rapidez e o sucesso na elaboração da vacina contra o coronavírus dependeram do conhecimento angariado por anos no combate ao vírus da gripe, sua evolução para o vírus do H1N1 e demais variações, acrescido do domínio das técnicas de criação de vacinas. Suprimir por completo a causa que impulsiona a ciência na busca de antígenos pode criar um vácuo ou espécie de estagnação da medicina, a comprometer a descoberta de novas drogas e medicamentos.

Ao abrir espaço para a ampla escolha de genes dos descendentes, sem qualquer tipo de restrição, poderá se legitimar o temeroso uso das tecnologias reprodutivas em

determinados grupos com o objetivo de alteração do fenótipo (cor da pele e características físicas), que compromete a própria cidadania biológica do indivíduo, no sentido de que possui valores e identidade atrelados a sua dimensão biológica⁵⁹².

Grupos étnicos que historicamente são alijados dos processos político e social em razão dos costumes, modo de vida e, principalmente, características físicas que ultrapassam a questão da raça e da cor da pele, podem ter implicada a sua existência humana, caso nações ditatoriais, sob a roupagem de defesa dos direitos humanos, atentem contra a identidade de um grupo, sob a justificativa de combater o terrorismo.

Muito mais que uma neoeugenia, ou limpeza da raça, com a ocultação dos traços físicos característicos de um determinado grupo, pode-se pensar em tentativas de desativação de marcadores genéticos em comum do grupo, como por exemplo, o que favorece o padrão linguístico, como forma de desconstrução do arquétipo biológico que deu formato à etnia tida como uma ameaça à nação, às vezes por simplesmente pertencer a grupos de refugiados ou migrantes⁵⁹³.

A utilização das técnicas de PMA, portanto, para além de reprimir aspectos sensíveis de ideais de cunho eugênico, avança contra o direito à diferença, na contramão do respeito ao pluralismo da sociedade moderna.

3.1.3 Direito à informação baseada em evidências científicas. Utilização das tecnologias reprodutivas fora do limite de segurança

O mercado da assistência à saúde é uma interseção entre os sistemas de bem-estar social e o da tecnologia da inovação⁵⁹⁴. A aplicação de tecnologia na área da saúde é uma tendência atual e não há Estado desenvolvido sem investimento em ciência e na produção

⁵⁹² HELENA MACHADO, O futuro incerto e as turbulências da vigilância genética na Europa, in *Crime e tecnologia: Desafios culturais e políticos para a Europa*, 2021, p. 32, refere que a biologia humana possui valor político e econômico e agrega identidade aos povos.

⁵⁹³ A demonstrar que a preocupação não se trata de enredo de filme de ficção científica, HELENA MACHADO, O futuro incerto, *op. cit.*, p., informa que a China mantém vigilância e controle sobre os dados genéticos da etnia Uigures, sob a alegação de risco de ataques terroristas que o grupo apresenta à China. O caso já conta com declaração contrária das Nações Unidas e da Organização da Anistia Internacional em 2020 e é retratado como um exemplo de genocídio étnico contemporâneo.

⁵⁹⁴ FRANCISCO EDUARDO CAMPOS / EDUARDO DA MOTTA E ALBUQUERQUE, As especificidades, *op. cit.*, p. 108 e CHRIS FREEMAN, *The 'National System of Innovation' in historical perspective*, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 19, nº 1, 1995, pp. 5-6.

de novos conhecimentos voltados à melhoria da qualidade de vida e do bem-estar da sua população.

No entanto, o uso da tecnologia não pode implicar em assunção de riscos evitáveis ou na negativa de compartilhamento de informações científicas seguras a respeito do desenvolvimento da tecnologia.

O princípio da precaução, que não é exclusivo da bioética, pode ser invocado no intuito de garantir que as tecnologias reprodutivas sejam seguras antes do seu uso público.

Mesmo que a biotecnologia não esteja adstrita ao campo da reprodução assistida, é inegável que a modificação ou a seleção de genes está a tornar um efeito inevitável da aplicação das técnicas de PMA.

Assim, PMA e edição genética andam de mãos dadas nos laboratórios e clínicas de reprodução assistida.

Sem dúvidas, novas descobertas científicas surgem a cada dia e constitui um desafio manter-se atualizado sobre todas as implicações da ciência, frente ao grande volume de informação produzida. O monitoramento constante dos resultados das pesquisas desenvolvidas é crucial para assegurar a integridade das novas tecnologias.

No entanto, de acordo com a Organização Mundial de Saúde⁵⁹⁵, práticas não regulamentadas e não baseadas em evidências ocorrem em todo mundo na área da reprodução assistida.

A medicina baseada em evidência é o novo paradigma adotado pela ciência médica para auxiliar os profissionais de saúde nas situações que exijam tomada de decisão sobre prognósticos, diagnósticos, manejo terapêutico de doenças e avaliação de novas tecnologias.

O termo medicina baseada em evidência foi cunhado em 1992 pelo grupo de cientista liderado por Gordon Guyatt, do Canadá, e é associado a procura criteriosa da melhor evidência científica para a definição da linha de cuidado à saúde do paciente⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Annual technical report 2015: department of reproductive health and research, including UNDP/UNFPA/WHO/World Bank Special Programme of Research Training in Human Reproduction (HRP)*, 2016, p. 153.

⁵⁹⁶ GORDON GUYATT *et al.*, *Evidence-based medicine: A new approach to teaching the practice of medicine*, *Jama*, Vol. 268, nº17, 1992, pp. 2420-2425.

A medicina baseada em evidência preconiza a busca de estudos categorizados em uma pirâmide de evidência organizada conforme a importância e qualidade da pesquisa, a sua análise crítica e, por fim, a adoção da melhor prática clínica em consonância com a vontade do paciente⁵⁹⁷.

Dentro desse contexto, surge o direito à informação baseada em evidências científicas, imprescindível para a tomada de decisão individual em saúde apoiada na melhor evidência disponível⁵⁹⁸. A informação disponível deve ser clara, direta, além de demonstrar os riscos e benefícios, os custos envolvidos e as alternativas disponíveis.

Conforme já visto, o comentário geral nº 22 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais referente à interpretação do artigo 12º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece o direito à saúde, reconhece os direitos sexuais, bem como os direitos reprodutivos, como parte integrante daquele direito humano⁵⁹⁹.

Ao desdobrar o conteúdo normativo dos direitos sexuais e reprodutivos, o Comitê estabelece que todos os indivíduos têm o direito à informação baseada em evidências sobre todos os aspectos da saúde sexual e reprodutiva, incluindo a infertilidade e opções de fertilidade.

Quanto às obrigações específicas, o Comitê indica a obrigação dos Estados de aplicar normas e diretrizes baseadas em evidências para a prestação de serviço de saúde sexual e reprodutiva, com orientações atualizadas para incluir os avanços tecnológicos, ao tempo em que devem também disponibilizar informações adequadas, baseadas em evidências, para a educação em saúde sexual e reprodutiva⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ REGINA EL DIB, Medicina baseada em evidências, in *Guia prático de medicina baseada em evidências*, São Paulo, 2014, p. 9. A doutrina da medicina baseada em evidência classifica os diferentes tipos de estudos científicos em uma pirâmide conforme o grau de confiabilidade dos seus resultados, a apresentar a seguinte hierarquia, da mais baixa para a mais alta: estudos com animais, estudos *in vitro* e opinião dos especialistas; relato de caso/ série de caso; estudos de caso-controle; estudos de coorte; ensaios clínicos randomizados; revisão sistemática com ou sem meta-análise.

⁵⁹⁸ ELEANOR Z. WALLACE / ROSANNE M. LEIPZIG, *Doing the right thing right: Is evidence-based medicine the answer?*, American College of Physicians, 1997, p. 91, afirmam que a medicina baseada em evidências é uma ciência em evolução com potencial para influenciar as políticas de saúde.

⁵⁹⁹ NAÇÕES UNIDAS, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 22, *op. cit.*, de 02.05.2016, parágrafos 4º, 5º e 11º.

⁶⁰⁰ NAÇÕES UNIDAS, Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 22, *op. cit.*, de 02.05.2016, parágrafos 18º e 47º.

Em que pese não identificarmos o reconhecimento expresso do direito à informação baseada em evidências científicas no texto constitucional, por óbvio pode ser deduzido do direito geral à informação previsto no nº 1 do artigo 37º da CRP.

A nova Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei nº 95/2019, de 04 de setembro, por sua vez, embora igualmente não enalteça expressamente o direito à informação baseada em evidências científicas, faz alusão em diversos artigos sobre o direito do paciente à informação clara e precisa sobre os cuidados de saúde, bem como menciona, em três oportunidades, o termo evidência científica, a exemplo do dever do Serviço Nacional de Saúde em disponibilizar prestações de saúde seguras e eficientes, tendo por base a melhor evidência científica e do direito do paciente a aceder os cuidados de saúde de acordo com a melhor evidência científica disponível⁶⁰¹.

Assim, não é precipitado afirmar que o microssistema de tutela do direito à saúde português já reconhece a importância de as decisões em saúde serem apoiadas na melhor evidência científica disponível, com franco acesso do paciente às informações que sustentam a tomada de decisão clínica.

No entanto, cientistas já admitem que há variáveis que podem influenciar e alterar o resultado das pesquisas na área da reprodução assistida, tais com a seleção de pacientes mais jovens, a recolha de dados apenas nos primeiros ciclos de reprodução assistida, o procedimento em si a ser adotado, bem como o sigilo dos dados pessoais de saúde, que possibilita o manuseio confidencial dos dados colhidos, a impossibilitar a checagem posterior dos resultados divulgados⁶⁰².

O fato de os organismos internacionais de vigilância das tecnologias reprodutivas ainda admitirem como indicador oficial de êxito da técnica de PMA a obtenção do resultado gravidez, sem distinguir a gestação singular da gemelar, bem como não possuírem um sistema íntegro de monitoramento da taxa de natalidade e dos dados de saúde da criança, revela o quão imprecisos são os dados divulgados acerca do uso das

⁶⁰¹ Lei nº 95/2019, de 20 de agosto, que aprova a Lei de bases da saúde, conforme alínea b) do nº 1 da base 2; alínea f) do nº 2 da base 20 e o nº 1 da base 26.

⁶⁰² MAHMOUD FAHMY FATHALLA, *Current challenges*, op. cit., p. 7. O Autor considera que é mais fácil controlar e regular o uso de medicamentos novos, que passam pelo teste de uso em animais ou em pesquisas humanas, do que um procedimento ou técnica médica.

tecnologias reprodutivas, a negligenciar a análise dos riscos que o uso das técnicas médicas podem provocar à saúde dos envolvidos⁶⁰³.

A estigmatização da ausência de filhos, a relação privada entre o médico e o paciente e o pagamento pelas técnicas de procriação medicamente assistida pelo próprio particular estão entre as razões que justificam a dificuldade de regulamentação de novas descobertas de tecnologias reprodutivas e a burla à obrigação de garantir a disponibilização de uma técnica médica após exaustiva confirmação da sua segurança.

Não se pode negar que a opinião médica exerce grande influência na tomada de decisão individual sobre a procriação. Assim, todo o conselho ou orientação dada pelo profissional nesse contexto está impregnado de símbolos de hierarquia e de argumentos de autoridade e, por conseguinte, de submissão, como geralmente ocorre na relação entre médico e paciente⁶⁰⁴.

Nesse sentido, não há como negar que o discurso profissional, no caso concreto, é o principal veículo de comunicação das informações que englobam todo o universo da reprodução humana. Se o médico atestar a viabilidade da utilização da técnica de procriação assistida e a disponibilizar em seu consultório, não há como pensar-se em contestar a sua segurança e confiabilidade.

Com isto, quer-se afirmar que a ciência médica passou a basear-se em manipulação e engano? Certamente que não. No entanto, não podemos perder de vista que o desenvolvimento das tecnologias reprodutivas visa atender demanda criada pela indústria da reprodução. A aproximação com a atividade de comércio, de alguma forma, permite o fluxo desfavorável de práticas de mercado nas questões que envolvem a escolha reprodutiva, nomeadamente a utilização de subterfúgios para olvidar a divulgação dos riscos inerentes ao negócio.

Acrescente-se que a corrida pelas patentes, com a aplicação de questões que envolvem a propriedade intelectual das descobertas na área da tecnologia reprodutiva⁶⁰⁵,

⁶⁰³ C. BERGH, *ART children-long term.*, *op. cit.*, p. 42, além de afirmar que os bebês nascidos através das técnicas de PMA tem o risco aumentado de defeitos de 30 a 70% em comparação à gestação natural, aduz que não existem estudos de alta qualidade que avalie os riscos a longo prazo causados à saúde da criança concebida com recurso às tecnologias reprodutivas.

⁶⁰⁴ Com o médico sendo aquele que domina a ciência médica, único que possui respostas para a cura de doenças.

⁶⁰⁵ Em que pese parecer estranho que processos biológicos sejam objeto de patentes, fato é que a descoberta de mecanismos e ferramentas para a procriação assistida e a edição de genes se tornaram fonte inesgotável de capital.

reforça a competição entre os laboratórios de biomedicina e a busca por divulgação de resultados precoces, sem embasamento técnico-científico.

Ainda, estudos científicos que se debruçam sobre as tecnologias reprodutivas em todo o mundo utilizam definições e métricas diversas e apresentam dados limitados, o que dificulta ainda mais a compreensão e a comparação franca entre os resultados disponibilizados.

Como as técnicas de PMA são aplicadas em células reprodutivas e dão origem a novos indivíduos, os riscos e as consequências advindas do recurso às tecnologias reprodutivas podem só se manifestar nas gerações seguintes, o que dificulta ou escamoteia a análise dos riscos e benefícios da nova tecnologia.

Desta forma, consideramos que as tecnologias reprodutivas ainda se baseiam em evidências inconsistentes ou insuficientes.

Para que o direito a livre escolha sobre a reprodução seja concretizado, é imperioso garantir que a tomada de decisão seja apoiada em informações baseadas em evidências cientificamente corretas. Isso requer transparência e compromisso na divulgação dos riscos que envolvem a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

A informação inadequada sobre os riscos e benefícios das técnicas de PMA propicia o uso prematuro das tecnologias reprodutivas, sem que ainda estejam finalizadas as etapas cruciais de testes e correção do procedimento, de modo a garantir a sua segurança e eficácia.

Com razão, não é possível pensar em se testar o potencial de uma nova descoberta na área da reprodução assistida nos moldes dos tradicionais estudos randomizados e de controle com duplo-cego⁶⁰⁶, com voluntárias se prestando a desenvolver uma gestação que, ao final, pode trazer consequências gravosas ao estado de saúde da gestante e do concebido.

⁶⁰⁶ Ensaios clínicos randomizados são estudos projetados para analisar a eficácia de uma terapia em pacientes reais, no qual se compara o desfecho nos pacientes tratados com o grupo de controle, composto por pacientes que não sofreram nenhuma intervenção ou receberam placebo. O caráter cego do estudo é conferido quando ambos os grupos de pacientes não sabem se receberam a terapia que se almeja testar ou a substância placebo. LUIS EMILIANO CISNEROS ÁLVAREZ, Principais desenhos de estudos epidemiológicos, in *Guia prático de medicina baseada em evidências*, São Paulo, 2014, p. 22.

No entanto, a dificuldade de estudos randomizados ou de duplo-cego para a confirmação dos achados na medicina da reprodução não autoriza a divulgação de resultados entusiastas sem evidência científica. Muitas vezes, no afã de avaliar/contabilizar/comparar as taxas de sucesso de gestações resultantes da utilização de uma nova tecnologia reprodutiva, métodos são disponibilizados no mercado da procriação assistida sem garantias de segurança e transparência na divulgação dos riscos.

Hoje, a comunidade científica admite que a indústria da reprodução possui interesses conflitantes na obtenção de taxas de sucesso das técnicas de PMA, o que leva a estudos enviesados, distorcidos ou tendenciosos que apoiam a divulgação de resultados positivos de gravidez⁶⁰⁷.

O conflito de interesses na área da pesquisa médica é um jargão utilizado para indicar a circunstância de que o julgamento do profissional corre risco de ser influenciado por um interesse pessoal secundário, a resultar dano ao paciente ou comprometer a integridade da pesquisa⁶⁰⁸. Não se pode deixar de reconhecer o conflito de interesse quando o pesquisador é beneficiado financeiramente com o sucesso do produto da pesquisa.

De forma aberta, já se menciona a possibilidade de fabricação de ensaios randomizados na área da medicina da reprodução⁶⁰⁹, com a utilização de subterfúgios para não se divulgar riscos inerentes ao negócio.

A dificuldade de se traçar uma linha clara entre o fluxo fidedigno de informações acerca do uso das tecnologias reprodutivas e o interesse nato da indústria da reprodução assistida em superestimar resultados de curto prazo, leva ao uso premeditado de certas modalidades de PMA pelo público em geral, sob a falsa premissa de que as autoridades legais certamente teriam proibido a técnica médica, caso restasse comprovado malefícios à saúde dos envolvidos.

⁶⁰⁷ G. BAHADUR *et al.*, *Stakeholder and patients' perspectives*, *op. cit.*, pp. 7-8. Também aponta a presença de conflito de interesses dos médicos e dos laboratórios de genética na divulgação dos testes de diagnósticos genéticos de pré-implantação.

⁶⁰⁸ MATTHEW S. MCCOY / EZEKIEL J. EMANUEL, *Why there are no "potential" conflicts of interest*, *Jama*, Vol. 317, nº 17, 2017, p. 1721. De acordo com os autores, todas as pessoas, inclusive os médicos e pesquisadores, possuem múltiplos interesses secundários, a exemplo de ganhar dinheiro, ter notoriedade e participar de sociedades comerciais.

⁶⁰⁹ Conforme se verifica em B. W. MOL, *Is the process to retract fabricated randomised clinical trials in reproductive medicine working sufficiently?*, *Human Reproduction*, Vol. 36, 2021, p.16.

A falta de informação adequada sobre os riscos, como forma de encorajar mais pacientes a se submeterem às tecnologias reprodutivas, afeta a capacidade de os pretendentes às técnicas de PMA desenvolverem um raciocínio livre e inteligente capaz de conduzir a um consentimento informado.

Além de taxas de sucesso infladas, os riscos à saúde da mãe e do bebê são camuflados. A Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) reconhece que os eventos adversos e as complicações decorrentes da utilização das tecnologias reprodutivas são subestimados, o que compromete a segurança das técnicas⁶¹⁰.

A ESHRE identifica quatro grandes grupos de consequências maléficas que podem decorrer da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida: gestações múltiplas, efeitos a longo prazo nas mulheres, efeitos nas crianças e registros de morbidade/mortalidade⁶¹¹.

No caso de Portugal, assim como na maioria dos Estados, não se identifica uma rigorosa política de notificação de efeitos adversos em decorrência da aplicação das técnicas de PMA, ou detalhado programa permanente de acompanhamento das crianças nascidas com recurso às tecnologias reprodutivas pela entidade regulatória central, em que pese os atores envolvidos na temática não discordarem da necessidade de vigilância permanente dos resultados alcançados⁶¹².

No particular, consideramos que o CNPMA, que exerce o papel de entidade administrativa que regula o uso das tecnologias reprodutivas em Portugal, está legitimada a concentrar um programa nacional de acompanhamento das crianças nascidas com recurso às técnicas de PMA, para vigilância e controle dos resultados de saúde.

Tal poder é deduzido das alíneas l) e p) do número 2 do artigo 30º da LPMA, que expressamente estabelece a competência do CNPMA para reunir as informações relacionadas à saúde e ao desenvolvimento das crianças nascidas com recurso às

⁶¹⁰ J.A.LAND / J.L.H.EVERS, *Risks and complications in assisted reproduction techniques: report of an ESHRE consensus meeting*, *Human Reproduction*, Vol. 18, nº 2, 2003, p. 455. pp. 455-457.

⁶¹¹ J.A.LAND / J.L.H.EVERS, *Risks and complications in assisted reproduction techniques: report of an ESHRE consensus meeting*, *Human Reproduction*, Vol. 18, nº 2, 2003, p. 455. pp. 455-457.

⁶¹² A ESHRE, no documento *Preimplantation genetic testing: Good practice recommendations of the European Society of human reproduction and embryology*, 2020, p. 22, recomenda o acompanhamento das crianças nascidas em decorrência da utilização da DGPI. De igual forma, LOUAY S. LOUIS e *et. al.*, *The relationship between infertility*, *op. cit.*, p. 181, sugere a vigilância contínua dos nascimentos originados pela PMA para acompanhamento da tendência futura.

tecnologias reprodutivas, bem como centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registros dos doadores, das gestantes de substituição, dos beneficiários e das crianças nascidas.

A escassez de dados atualizados no que concerne ao quadro de saúde das crianças nascidas em decorrência do uso das técnicas de PMA dificulta a avaliação da segurança e eficácia do aprimoramento das tecnologias reprodutivas.

Em relação aos malefícios causados à saúde das crianças, estudos mais recentes demonstram o incremento do risco de distúrbios cardiovasculares e metabólicos em crianças nascidas em sequências às técnicas de procriação medicamente assistida, mesmo que só com recurso à transferência de embrião, dado o excesso de hormônios e medicamentos utilizados para garantir a receptividade do embrião pelo útero⁶¹³.

Como é possível o diagnóstico de infertilidade sem determinação da causa que deu origem, não raro potenciais beneficiários recorrem ao uso das técnicas de PMA por almejarem resultados rápidos, sem prévia tentativa de ajustes de estilo de vida ou transcurso mínimo de tempo para o tratamento de doença que provoque a infertilidade momentânea, contribuindo para intervenções médicas precoces e desnecessárias.

Como visto, durante longo tempo, os protocolos de hiperestimulação ovariana e de transferência múltipla de embriões dominaram as técnicas de procriação medicamente assistida com o objetivo de aumentar as taxas de sucesso da gravidez, em que pese nunca se desconhecer os malefícios à saúde da gestante com a alta incidência de câncer de mama e síndrome de hiperestimulação ovariana e a incrementar risco de gestação gemelar, com todos os inconvenientes para a saúde da mãe e dos bebês.

Para além da vontade livre e consciente dos beneficiários das técnicas, há de ter em mente que existem os interesses da indústria da reprodução e até mesmo os interesses individuais do médico que irá realizar o procedimento com vistas a se destacar entre os seus pares.

Desde os primórdios, o terreno da procriação medicamente assistida é marcado pela superação de evidências científicas, a partir da edição de novos estudos que

⁶¹³ Y. FU *et al.*, *Risk of higher blood pressure in 3 to 6-year-old singleton born with Ovarian Hyperstimulation Syndrome*, *Human Reproduction* Vol. 34, 2019, p. 19; M. DAVIES *et al.*, *Treatment Factors and the Risk of Specific Congenital Heart Defects*, *Human Reproduction*, Vol. 34., 2019, p. 27; C. BERGH, *ART children-long term reassurance?*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 42.

demonstrem a viabilidade ou a contra-indicação de uma técnica reprodutiva já em uso. Como exemplo, pode-se citar, em Portugal, o Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro⁶¹⁴, que no nº 2 do seu artigo 1º autorizou a prática da procriação artificial homóloga com sémen fresco, e posteriormente a LPMA, no nº 2 do artigo 19º, determina a utilização de sémen de dador criopreservado⁶¹⁵.

A proibição da utilização de sémen fresco tem como objetivo garantir que antes da utilização do material sejam feitos testes genéticos para afastar a transmissão de doença grave. Como as células reprodutivas feminina e masculina só sobrevivem em ambiente natural por poucas horas, a exigência de manipulação de gametas ou embriões congelados impede a utilização afoita do material, sem a adoção das cautelas mínimas e estudos prévios acerca da possível transmissão de doença genética ou má formação.

O exemplo em questão é uma demonstração de que as tecnologias reprodutivas usualmente aceites podem, em um futuro próximo, ser completamente banidas em razão de pesquisas científicas complementares. É necessário um filtro jurídico adequado para impedir a utilização imoderada de tecnologias reprodutivas, para que não sejam surpreendidas por novos estudos que demonstrem a inconveniência do emprego da técnica médica sob o ponto de vista da saúde pública.

Defendemos que a livre escolha reprodutiva deve sustentar-se em fatos comprovados e em informações exatas e com cientificidade, e não em ideias e opiniões temerárias. Diante da notória utilização das tecnologias reprodutivas para além do limite de segurança, compete ao Estado monitorar permanentemente os resultados apresentados pela indústria da reprodução assistida, delimitar balizas claras quanto à ética da pesquisa científica, bem como assegurar a disseminação de informações baseadas em evidências científicas para o uso apropriado das técnicas de PMA.

⁶¹⁴ Decreto-Lei nº 319/86, de 25 de setembro, estabelece normas relativas à disciplina e atividade de banco de espermas. É curioso o fato de que a despeito do Decreto-Lei nº 319/86 autorizar expressamente a realização de modalidade de procriação medicamente assistida com sémen fresco, relata nos seus considerandos o perigo da contaminação de doenças pela utilização de sémen fresco, inclusive com o risco de transmissão de AIDS.

⁶¹⁵ Em que pese LPMA não ter utilizado as palavras dever ou obrigação, HELENA PEREIRA DE MELO, A selecção de dadores de gâmetas e o eugenismo, *Nascer e Crescer* Vol. 18, nº 2, 2009, p. 104, confirma que a LPMA exige a criopreservação do sémen de dador.

3.2 O direito a procriar através das técnicas de PMA e a colisão com outros direitos fundamentais

Por menor que seja, nenhum tratamento médico ou medicamento é isento de consequências ou risco de efeito adverso para a saúde ou bem-estar do indivíduo, e não poderia ser diferente com a utilização das tecnologias reprodutivas.

Entretanto, discurremos anteriormente que a medicina da reprodução se vale de dados incompletos ou lacunosos para apoiar o uso das tecnologias reprodutivas, por notório interesse na ampliação do mercado consumidor.

A questão é, portanto, mais profunda, pois não se trata em assimilar os riscos à saúde de forma consciente em prol de benefícios proporcionados pela concepção de uma criança, mas sim em calcular os custos-benefícios com uma matriz errônea construída sob omissão de resultados.

De todo modo, consideramos que, ainda que os pretendentes às técnicas de PMA tivessem acesso aos estudos que demonstram o potencial acentuado de riscos para a saúde da criança concebida através das tecnologias reprodutivas, é provável que mantivessem o interesse e o desejo de se submeterem a tais técnicas médicas para a consecução do sonhado projeto parental.

Assim, as consequências gravosas deduzidas da utilização exacerbada das técnicas de PMA e anteriormente identificadas como a seleção preordenada das características genéticas, a coibir os direitos à igualdade e à diversidade; o retorno do neoeugenismo, com o condicionamento das gerações vindouras e a utilização das tecnologias reprodutivas fora do limite de segurança preconizado pelo direito à informação em evidências científicas, apesar de consistirem em fortes argumentos, não são alçados à categoria de limites constitucionais ao uso de todo potencial conferido pelas técnicas de PMA, além de serem assimilados com certa complacência pela sociedade em geral.

Consideramos que nenhum operador do direito, em sã consciência, defenderia o direito à autonomia reprodutiva e de procriar através das técnicas de PMA dos pais que importasse em dano direto à saúde da criança a ser concebida. No entanto, por motivo dos riscos subjacentes à aplicação das técnicas de PMA serem escamoteados ou

minimizados por uma lógica científica-mercantilista, não possui a força necessária para limitar, de pronto, o uso das tecnologias reprodutivas.

A tendência natural de a sociedade tolerar as implicações sociais e os riscos à saúde subjacentes a todas as tecnologias reprodutivas convoca a atuação do operador do direito a fim de verificar se é plausível suscitar a existência de freios ou filtros presentes no plano constitucional, aptos a limitar, de forma legítima, a utilização das técnicas de PMA.

Assim, apesar de reconhecermos que a utilização de todo o potencial das técnicas de PMA representa sério risco de comprometimento da saúde da criança a ser concebida através das tecnologias reprodutivas, entendemos que tal risco, por não restar completamente estabelecido pelos estudos e pesquisas científicas sobre o tema, é tolerado de forma geral pela sociedade, ávida por consumir tecnologias reprodutivas, assim como os demais produtos da ciência de ponta.

Como todo direito fundamental, o direito a procriar através das técnicas de PMA não segue absoluto. No entanto, o reconhecimento dos direitos fundamentais de constituir família e de procriar através das tecnologias reprodutivas exigem que os limites impostos a tais direitos fundamentais sejam provenientes de direitos com a mesma envergadura constitucional.

Por mais que os novos métodos de procriação medicamente assistida não possuam um regramento legal específico acerca da sua utilização, o plano constitucional conta com normas que podem ser invocadas para restringir a utilização de determinadas técnicas de procriação medicamente assistida que extrapola o propósito de realizar o direito a procriar e efetivar a autonomia reprodutiva.

Não concebemos a imposição de limitação altamente restritiva no acesso às técnicas de PMA, tendo em conta sua inegável importância para a concretização do projeto parental e prestígio da autonomia reprodutiva, em especial para os casos com indicação médica. No entanto, o desvirtuamento da aplicação das tecnologias reprodutivas nos tempos atuais, convoca reflexão do legislador acerca das novas fronteiras alcançadas pelo manuseio das técnicas médicas.

Diferentemente da questão histórica da interrupção voluntária da gravidez, em que se verifica a colisão entre os direitos fundamentais de autodeterminação da mãe e o direito

à vida do feto (para os autores que reconhecem que a vida intrauterina é passível de proteção), no caso da utilização das técnicas de PMA, de acordo com o estágio atual das tecnologias reprodutivas, identificamos a colisão entre os direitos fundamentais de procriar através das técnicas de PMA dos pais, de um lado, e do outro, o direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida através das técnicas de PMA, o direito ao patrimônio genético não modificado e o direito à diversidade genética ou biodiversidade.

Assim, conforme será desenvolvido adiante, consideramos que o direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida através das técnicas de PMA, o direito ao patrimônio genético não modificado e o direito à diversidade genética ou biodiversidade, todos com *status* constitucional, são capazes de justificar a imposição de limites ao uso das técnicas de procriação medicamente assistida.

3.2.1 Direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida através das técnicas de PMA

A ameaça à autonomia individual da criança a ser concebida e os problemas de justiça social concernentes a iniquidade no acesso às oportunidades, ambas decorrentes da escolha dos genes do embrião propiciada pelo uso das tecnologias reprodutivas, suscita fortes críticas ao uso generalizado das tecnologias reprodutivas, capazes de restringir o direito a procriar através das técnicas de PMA.

As condições ambientais e a genética dos progenitores definem a saúde das crianças a serem concebidas. Os dois fatores são reconhecidos como componentes da saúde intergeracional, em que as condições de saúde dos ascendentes afetam a próxima geração⁶¹⁶.

⁶¹⁶ ROBERT J. NORMAN *et al.*, *Lifestyle, periconception, and fertility*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, p. 434.

Mais do que buscar condições favoráveis para a fertilidade do indivíduo, deve-se pensar em garantir que os métodos voltados para conceber uma gravidez não afetam negativamente a criança nascida em sequência à utilização das técnicas de PMA⁶¹⁷.

A escolha pré ordenada dos genes pode não violar o direito à saúde e bem-estar da criança concebida com recurso às técnicas de PMA, porém limita demasiadamente a autonomia da futura criança.

No entanto, assim como na discussão do direito à interrupção voluntária da gravidez⁶¹⁸, reconhece-se que a ausência de consenso acerca do estatuto jurídico do embrião atrasa ou dificulta o reconhecimento do direito à autodeterminação da criança nascida com recurso às técnicas de PMA.

A constituição biológica do ser humano é mais um elemento que integra a sua identidade pessoal, já que, com exceção dos gêmeos monozigóticos, cada pessoa possui um código genético único, exclusivo⁶¹⁹. O direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da criança a ser concebida, portanto, é deduzido do direito fundamental à identidade pessoal, previsto no n° 1 do artigo 26° da CRP, bem como do direito à identidade genética, inserto no n° 3 do artigo 26° da CRP⁶²⁰.

Daniel Serrão defende que o embrião humano possui natureza biológica humana desde a fase do zigoto até o final do processo de implantação no útero, e sua identidade

⁶¹⁷ ROBERT J. NORMAN *et al.*, *Lifestyle, periconception*, *op. cit.*, p. 436, aduzem que, assim como o estilo de vida, as condições verificadas no útero materno e a receptividade endometrial influenciam o crescimento fetal e afetam a saúde da criança a longo prazo, há evidências de que o ambiente hormonal alterado para permitir a fertilização do embrião em laboratório, mesmo a ocorrer antes da transferência ao útero, também trazem consequências adversas de longo prazo para a saúde das crianças concebidas com recurso às técnicas de PMA.

⁶¹⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO, *A dignidade da pessoa humana*, *op. cit.*, demonstra que a maioria dos países desenvolvidos descriminalizou o aborto nos primeiros meses da gestação, enquanto os países em desenvolvimento mantêm a proibição total do aborto.

⁶¹⁹ MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, *Actualidades sobre Biologia Forense*, in *Revista do Ministério Público*, n° 76, Lisboa, 1998, pp. 89 e ss., ensina que cada indivíduo tem um DNA único, com exceção dos gêmeos monozigóticos ou univitelinos.

⁶²⁰ Os Autores portugueses ainda divergem em considerar o direito à identidade genética, previsto no n° 3 do artigo 26° da CRP, como um direito autónomo. Para JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, *op. cit.*, pp. 285 e ss., o direito à identidade genética é destinado à tutela do patrimônio genético como forma de impedir a modificação do genoma humano. Já J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 462 e ss., questionam se o direito à identidade genética seria um direito autónomo ou mero desdobramento de outros direitos já previstos constitucionalmente, tais como os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Lisboa, 1999, pp. 71 e 84-85, entende que o direito à identidade genética é um reforço do alcance do direito à identidade pessoal.

biológica não muda até o fim da vida⁶²¹. O Conselho Nacional de Ética sobre as Ciências da Vida acrescenta que, sendo o embrião o suporte biológico inicial indispensável à vida humana, não há razão para diferenciar o grau de respeito que lhe é atribuído⁶²².

Se a construção da identidade pessoal é moldada pelo conjunto de genes existentes, como é possível manipular, com a escolha e a exclusão de componentes genéticos, a personalidade que cada indivíduo terá ao nascer? A relação direta entre a formação da identidade pessoal e a constituição genética levanta questionamentos acerca do ilimitado poder dos pais em deliberar previamente sobre os caracteres genéticos do filho.

Habermas argumenta que, em que pese o embrião fertilizado em laboratório não seja detentor de direitos, a criança que será formada em sequência ao uso das tecnologias reprodutivas possui interesse de livremente desenvolver o projeto pessoal de vida sem a interferência de terceiros na escolha de genes. Em acréscimo, Habermas entende que a criança tem o direito a uma herança genética não-manipulada, em que não houve uma intervenção artificial⁶²³.

Apesar da dificuldade do enquadramento do estatuto jurídico do embrião, seja no âmbito interno, seja no cenário internacional⁶²⁴, e da ausência de consenso no reconhecimento dos direitos de uma pessoa que ainda vai nascer, nos mesmos moldes do que já ocorre na discussão sobre o direito ao aborto, fato é que as técnicas de PMA são aplicadas justamente para conceber um nascimento com vida. Assim, a criança a nascer, que é o objetivo final do uso das tecnologias reprodutivas, deve ter os seus interesses jurídicos levados em consideração.

Como exemplo de argumento contrário ao nosso entendimento, John Robertson ressalta a primazia do direito fundamental dos pais à liberdade procriativa quando em confronto com o direito das crianças, posto que, além dos filhos não terem um direito

⁶²¹ DANIEL SERRÃO, Estatuto do embrião, *Revista Bioética*, Vol. 11, nº 2, 2009, pp. 110-112. O Autor sustenta que o estatuto biológico do embrião atribui dignidade e o reconhecimento dos direitos fundamentais desde a formação do zigoto.

⁶²² CNECV, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer nº 15/CNECV/95, de 28 de abril de 1995, sobre a experimentação do embrião, pp. 98 e 102.

⁶²³ JÜRGEN HABERMAS, *The future of human nature*, *op. cit.*, pp. 32-33 e 38.

⁶²⁴ Apesar de muitos Estados reconhecerem certo grau de interesse jurídico ao embrião, o tema é controverso e não há delimitação exata sobre o momento em que o embrião passa a ser detentor do direito à vida.

fundamental à não existência, é mais interessante nascer, mesmo que através do uso das tecnologias reprodutivas, do que não ter nascido⁶²⁵.

No entanto, até mesmo os defensores da edição de genes reconhecem que as intervenções genéticas tolhem o livre-arbítrio das crianças nascidas com o uso das técnicas de PMA, por engessar planos de vida em geral, para privilegiar o plano de vida escolhido pelos beneficiários das tecnologias reprodutivas⁶²⁶.

A manipulação do genoma na fase pré-vida pode ocasionar novos distúrbios de identidade, por desencadear questionamentos acerca da identidade pessoal e genética que o indivíduo nascido com recurso às técnicas de PMA não almejava ter⁶²⁷.

Assim, a seleção preordenada das características genéticas do embrião, e a sua maximização através das tecnologias que permitem a edição genética nas células reprodutivas, ameaça o desenvolvimento do ser humano livre e autônomo e a sua capacidade de autodeterminar-se e construir o seu projeto pessoal de vida baseado em suas preferências pessoais, a dismantelar a percepção que a humanidade tem de si própria⁶²⁸.

Conforme ressaltado por Habermas, a programação do genoma humano expõe a dualidade entre o natural e o fabricado, a minar a possibilidade das pessoas se reconhecerem como livres e iguais⁶²⁹.

Além da sempre temida possibilidade de uso da força ou coerção para compelir comportamentos reprodutivos⁶³⁰ e da imposição de caracteres genéticos não desejados, a

⁶²⁵ JOHN A. ROBERTSON, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, New Jersey, 1996 (versão original de 1942), pp. 99-105. Ao enfrentar esse e outros argumentos de John Robertson, ANN MACLEAN MASSIE, *Regulating choice: A constitutional law response to Professor John A. Robertson's children of choice*, *Wash. & Lee L. Rev.*, Vol. 52, 1995, pp. 162 e ss, afirma a necessidade das técnicas de PMA respeitarem o melhor interesse das crianças que irão nascer.

⁶²⁶ Conforme bem observado por CHARLES FELDHAUS, Habermas, eugenia liberal e o direito à liberdade reprodutiva, *Revista Fragmentos de Cultura-Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas*, Vol.18, nº 4, 2008, p. 550, nos argumentos desenvolvidos no livro de ALLEN BUCHANAN *et al*, *From chance to choice: Genetics and justice*, Cambridge, 2001.

⁶²⁷ DAVID DEGRAZIA / JOSEPH MILLUM, *A theory of bioethics*, 2021, referem que o aprimoramento genético origina um indivíduo que é numericamente distinto daquele que teria se originado se a tecnologia reprodutiva não tivesse sido utilizada, a alterar a natureza da pessoa que passa a existir.

⁶²⁸ ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO, A proteção à naturalidade do patrimônio genético face à proposta da eugenia liberal: O futuro da natureza humana em Jürgen Habermas, *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Vol. 3, nº 2, 2017, p. 3.

⁶²⁹ JÜRGEN HABERMAS, *The future of human nature*, *op. cit.*, p. 33.

⁶³⁰ ARTHUR L. CAPLAN *et al.*, *What is immoral*, *op. cit.*, p. 1285, De acordo com os autores, as preocupações mais comuns em torno da engenharia genética podem ser resumidas em 03 espécies: uso de coerção, imposição de padrões arbitrários e injustiças causadas pelas escolhas genéticas.

livre escolha dos genes através das técnicas de PMA pode conduzir à desarrazoadas restrições ao livre-arbítrio e à autonomia das crianças nascidas com o uso das tecnologias reprodutivas.

Reis Novais, mesmo sem se referir especificadamente sobre a questão da escolha de genes pelo recurso sistemático às técnicas de PMA, conclui haver violação da dignidade da pessoa humana quando se retira de uma pessoa a possibilidade de autodeterminação e responsabilização pela própria vida⁶³¹.

O aprimoramento genético, como consequência inevitável do uso das tecnologias reprodutivas, para além de tolher a autonomia pessoal do concebido, opõem-se ao direito à diferença e à alteridade, posto que o nascido em decorrência das técnicas de PMA estará à mercê dos melhoramentos genéticos de preferência dos seus ascendentes, retirando-lhe a oportunidade de vivenciar um caminho aberto de possibilidades, permeado por escolhas próprias, imprevisíveis e aleatórias⁶³².

Não é difícil imaginar o turbilhão de questões morais e psíquicas que serão levantadas, em um futuro próximo, quando as crianças concebidas através das técnicas de PMA aplicadas com seleção de genes tomar consciência de que seus sentimentos, vitórias e frustrações (bem como habilidades e gostos pessoais) são resultados de uma programação prévia traçada pelos seus pais antes do seu nascimento, definida a partir de percepções e experiência de vida dos seus ascendentes.

Será que a autoconsciência sobre as condições da constituição do estatuto genético tornará os filhos mais tolerantes em relação as frustrações vivenciadas ou desencadeará mais conflitos intergeracionais? Por quais condutas o indivíduo que teve a sua programação genética intencionalmente escolhida pelos pais poderá ser responsabilizado?⁶³³

Michael J. Sandel aponta que as técnicas de terapia gênica e de melhoramento genético, amplamente utilizadas em associação às tecnologias reprodutivas, tem como

⁶³¹ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana, Vol. II, *op. cit.*, p. 131.

⁶³² MICHAL J. SANDEL, *The Case against perfection: Ethics in the age of genetic engineering*, 1ª ed., 2007, p. 7. De acordo com o autor, até mesmo as melhorias genéticas cognitivas, como talento musical e capacidade esportiva, retiram da criança o direito a tecer o seu próprio plano de vida e os dons que deseja naturalmente desenvolver, posto que condicionada aos talentos geneticamente escolhidos pelos pais.

⁶³³ JÜRGEN HABERMAS, *The future of human nature*, *op. cit.*, p. 19, sinaliza a possibilidade de os descendentes responsabilizarem os editores do seu genoma pelas consequências indesejáveis, similar ao que acontece, com as devidas particularidades, nas ações de *wrongful life e wrongful birth*.

efeito deletério retirar a autonomia e a capacidade de livre-arbítrio dos indivíduos, na medida em que o *pool* de características e habilidades inatas serão previamente escolhidas por outrem antes de nascer⁶³⁴.

Embora a medicina atual não mais considere a possibilidade de os genes atuarem de forma determinante para o condicionamento da vida do indivíduo, Habermas defende que a problemática reside justamente na escolha operada por terceiros, posto que é impossível aos pais saber, de antemão, quais seriam as características genéticas que os seus descendentes escolheriam e colher, de forma prévia, o consentimento informado⁶³⁵.

A questão, portanto, não se pauta apenas em negar ou permitir a exclusão de genes atribuídos a uma determinada doença ou condição desfavorável ao indivíduo, mas sim indagar a quem compete classificar os genes inservíveis, dentro de uma ótica que as doenças ou mazelas são compreendidas por conceitos socialmente construídos, bem como que escolhas individuais de seleção de genes podem trazer consequências sociais devastadoras.

O exercício da autonomia e o compromisso com a diversidade não devem ser menosprezados quando em jogo a escolha repetitiva de genes humanos. Por motivo da padronização da espécie humana não ser um fim louvável, consideramos salutar o engajamento⁶³⁶ da doutrina em torno da garantia do direito à autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade para os concebidos através das técnicas de PMA, mesmo que isso importe no reconhecimento de direitos para aqueles que ainda não nasceram.

Assim, defendemos que o direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da criança a ser concebida, ancorado no artigo 26º da CRP, é suficientemente forte para justificar a imposição de limites às tecnologias reprodutivas, sendo no mínimo estranho que sempre seja fadado a ceder quando em rota de colisão com o direito dos pais a procriar através das técnicas de PMA.

Mais do que uma ficção ou presunção de que o uso das técnicas de PMA pode não atender o primado do melhor interesse da criança, consideramos que seleção de genes que

⁶³⁴ MICHAEL J. SANDEL, *The Case against perfection, op. cit.*, p. 25.

⁶³⁵ JÜRGEN HABERMAS, *The future of human nature, op. cit.*, p. 61.

⁶³⁶ Com isso, queremos salientar que ainda é incipiente argumentos doutrinários que avançam sobre o direito dos concebidos através das técnicas de PMA a fazerem as suas próprias escolhas de vida, com a proibição de seleção ordenada dos genes que comporão o seu patrimônio genético.

comporá o patrimônio genético da criança concebida com recurso a tecnologia reprodutiva causa danos concretos à identidade pessoal e, por consequência, viola o direito à autodeterminação e ao livre desenvolvimento do filho.

3.2.2 Direito ao patrimônio genético não modificado ou proibição de modificação do genoma. Genoma humano como patrimônio comum da humanidade

A Convenção para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano em relação à aplicação da biologia e da medicina, do Conselho da Europa, doravante Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina, aberta para assinatura aos Estados em 1997, é considerada o primeiro documento internacional sobre bioética, juridicamente vinculativo aos Estados signatários, que proíbe o uso indevido da biologia e da medicina em seres humanos⁶³⁷.

Portugal ratificou a Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina em 2001, junto com o protocolo adicional que proíbe a clonagem de seres humanos, através do Decreto nº 1/2001, de 03 de janeiro e, portanto, os direitos humanos previstos no documento internacional possuem *status* de direitos fundamentais materiais⁶³⁸.

Além da Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina, também possui especial relevância para a proteção do genoma humano a Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos, adotada pela UNESCO em 1997, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000⁶³⁹.

A Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina trata sobre consentimento, direito à informação, investigação científica, colheita de órgãos e tecidos para transplante e no seu protocolo adicional, proíbe a clonagem humana. Em relação ao genoma humano, nosso interesse de estudo, a Convenção estabelece duas normas: a proibição de discriminação em razão da constituição genética e a limitação das intervenções no genoma humano, sendo permitidas apenas as intervenções de natureza preventiva, de

⁶³⁷ Também conhecida como Convenção de Oviedo.

⁶³⁸ Conforme nos ensina JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais, op. cit.*, pp. 183 e 192.

⁶³⁹ NAÇÕES UNIDAS, UNESCO, Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos, de 1997, em seu artigo 1º, enuncia que o genoma humano constitui patrimônio da humanidade. UNIÃO EUROPEIA, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000, no artigo 3º, proíbe a utilização de práticas eugênicas, nomeadamente as que têm por finalidade de seleção de pessoas.

diagnóstico e terapêutica, desde que não tenha por fim a introdução de uma modificação na composição do genoma dos descendentes⁶⁴⁰.

Para além da cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, inserta no n° 1 do artigo 16° da CRP, que incorpora os direitos humanos previstos em documentos de direito internacional, devidamente ratificados pelo Estado português⁶⁴¹, como direitos fundamentais em sentido material, a própria Constituição portuguesa, no n° 3 do artigo 26°, reconhece o direito a identidade genética do ser humano.

Podemos deduzir que o direito fundamental ao património genético não modificado⁶⁴² é amparado pela Convenção da Biomedicina, ratificada por Portugal, pela Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos e pelo direito à identidade genética, previsto na CRP, que implica na inadmissibilidade de modificação da constituição biológica do ser humano com vista à proteção da identidade genética da espécie humana.

O Conselho da Europa, na Recomendação sobre a engenharia genética n° 934, de 1982, afirmou no item 4.a que o direito de herdar um padrão genético que não tenha sido alterado artificialmente é deduzido dos direitos à vida e à dignidade humana protegidos pelos artigos 2° e 3° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁶⁴³. Logo depois, muitos documentos se sucederam, nomeadamente a Recomendação n° 1046, de 1986 e a Recomendação 1100, de 1989, ambas do Conselho da Europa, a reafirmar a inviolabilidade do direito ao próprio genoma.

O direito ao património genético não modificado visa, portanto, preservar o direito das gerações atuais e futuras, já que que o genoma, em um sentido simbólico, constitui a

⁶⁴⁰ Conselho da Europa, Convenção para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano em relação à aplicação da biologia e da medicina, doravante Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina, de 1997, artigos 11°, 12° e 13°.

⁶⁴¹ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 190-191, nos adverte que somente podem ser incorporados como direitos fundamentais os direitos consignados em convenções internacionais em que o Estado português seja parte, conforme inteligência do n° 2 do artigo 8° da CRP.

⁶⁴² STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao património genético*, op. cit., pp. 12 e 19, informa que o direito ao património genético não manipulado é proveniente da uma nova geração de direitos e tutela o núcleo duro de características bio psíquicas e culturais das investidas da ciência, para a proteção da identidade pessoal. Implica tanto no direito a herdar as suas características genéticas sem manipulação, quanto no direito de transmitir o seu património genético.

⁶⁴³ CONSELHO DA EUROPA, Recomendação sobre engenharia genética n° 982, de 26 de janeiro de 1982.

herança da humanidade, posto que é a unidade fundamental de todos os membros da família humana⁶⁴⁴.

A referência do genoma como patrimônio comum da humanidade, contida na Convenção da biomedicina e na Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos, ressalta o fato de o valor garantido pelo direito em questão ser objeto de proteção especial e de preocupação internacional⁶⁴⁵.

A classificação de patrimônio comum da humanidade não é exclusiva do genoma humano, tendo sido invocada pela primeira vez pela Convenção sobre o direito do mar, das Nações Unidas, em 1982, para a proteção dos fundos marinhos⁶⁴⁶ e, mais adiante, para designar a Antártica, os corpos celestes, os artefactos históricos e o meio ambiente⁶⁴⁷.

O atributo de patrimônio da humanidade não confere o direito de propriedade do genoma às nações e gerações, nos moldes do direito privado, mas sim ressalta a necessidade de o patrimônio genético ser protegido e preservado em benefício de todos, por constituir um bem comum indivisível da humanidade.

Para Stela Neves Barbas, são titulares do direito ao patrimônio genético a pessoa humana e a humanidade presente e futura⁶⁴⁸.

Dada a pluralidade de sujeitos, considera-se que o patrimônio genético é um bem jurídico fundamental de titularidade mista, por pertencer ao indivíduo, bem como à presente e à futura geração, a indicar o seu caráter coletivo. Além da titularidade *sui generis* individual e coletiva, por pertencer a toda a humanidade, o patrimônio genético ainda suscita interesse juridicamente protegido dos familiares do indivíduo, por conter informações genéticas de saúde partilhada pelos membros da família⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ Conforme previsão expressa do artigo 1º da Declaração Universal sobre genoma humano e direitos humanos, da Unesco.

⁶⁴⁵ Nesse sentido, NADIA PRIMC, *Do we have a right to an unmanipulated genome? The human genome as the common heritage of mankind*, *Bioethics*, Vol. 34, nº 1, 2020, pp. 42.

⁶⁴⁶ De acordo com PILAR N. OSSORIO, *The human genome as common heritage: common sense or legal nonsense?*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 35, nº 3, 2007, p. 426, antes da Convenção sobre o direito do mar, de 1982, o fundo marinho e os recursos em alto mar eram considerados *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém.

⁶⁴⁷ JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES / ANA PAULA MYSZCZUK, *Biotechnologia, genoma humano e patrimônio comum da humanidade: Um olhar a partir da proteção da biodiversidade brasileira*, in *Direito e medicina: Interseções científicas*, Vol I, Belo Horizonte, 2021, p. 361.

⁶⁴⁸ STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, *Direito ao patrimônio genético*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁴⁹ PILAR N. OSSORIO, *The human genome as common heritage: common sense or legal nonsense?*, *op. cit.*, p. 431.

A indeterminabilidade dos titulares do direito ao patrimônio genético não manipulado converge para a sua classificação como um direito intergeracional e difuso, e um bem socioambiental⁶⁵⁰, a invocar regras híbridas para a sua proteção.

A natureza complexa do patrimônio genético, no entanto, não pode ser causa de proteção deficitária ou insuficiente.

Há tempos, os juristas em todo o mundo tentam fixar um marco para o início da existência dos direitos individuais, em vão. Desconsiderar por completo as implicações que as tecnologias reprodutivas causam na futura criança e nas próximas gerações, sob a justificativa de que não compete reconhecer direitos aos que ainda não nasceram, é uma forma simplória de solucionar os interesses conflitantes com a negativa, por absoluto, do direito em contraposição.

A criança concebida em decorrência das técnicas de PMA e as futuras gerações não podem ser consideradas uma ficção jurídica, um conceito abstrato, já que o fim buscado pelas tecnologias reprodutivas repousa no surgimento dos descendentes. A próxima geração pode não ter existência imediata, mas sabemos que ela vingará.

Helena Pereira de Melo considera que a geração futura, portanto, é composta pelos concepturos, os que ainda não foram concebidos, ou seja, o indivíduo em potencial⁶⁵¹.

Em que pese o artigo 66º do Código Civil português⁶⁵² afirmar que a personalidade jurídica inicia com o nascimento com vida, a vasta doutrina reconhece que há vida e personalidade desde a concepção ou, ao menos, reconhece que o embrião e o nascituro possuem interesses juridicamente tuteláveis (ou interesses legalmente protegidos, termo utilizado na CRP)⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES / ANA PAULA MYSZCZUK, *Biotechnologia, genoma humano*, *op. cit.*, p. 359.

⁶⁵¹ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁵² Código Civil, artigo 66º. 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

⁶⁵³ VERA LÚCIA RAPOSO, *O direito à imortalidade*, *op. cit.* pp. 544 e ss., considera que, de acordo com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a CRP confere proteção ao embrião, por conferir proteção a toda a vida humana digna de amparo. A Autora sustenta que a proteção se estende aos embriões *in vitro*, embora em grau diferente dos embriões implantados. MARGARIDA SILVESTRE, *Embriões excedentários*, *op.cit.*, pp. 94 e ss, de forma semelhante, afirma que embora o embrião não seja considerado pessoa, recebe proteção objetiva dos direitos fundamentais. Em seguida, em que pese reconhecer as posições diferentes sobre o estatuto jurídico do embrião, a Autora indica haver consenso sobre a necessidade de proteção do embrião.

O conceito de geração futura não é preciso, pois não há uma linha demarcatória entre o que está contido na geração atual e o que se atrela à geração posterior, posto que nascimentos ocorrem a cada segundo no mundo. Para Helena Pereira de Melo, isso representa que as gerações estão em contínua ligação, já que se sucedem indefinidamente no tempo e possuem interesses recíprocos⁶⁵⁴.

A Constituição portuguesa, na alínea d) do n° 2 do artigo 66º, enaltece o respeito ao princípio da solidariedade entre as gerações. Longe de afirmar que a tese da constitucionalização dos direitos das gerações vindouras é pacífica na doutrina e jurisprudência⁶⁵⁵, o que se busca é reconhecer que a geração atual garanta a conservação e a transmissão do patrimônio genético em sua integralidade, para que a geração futura decida avançar na sua proteção⁶⁵⁶.

Como bem pontuado por João Miranda, o princípio da solidariedade intergeracional, em que pese restar expresso na CRP no artigo destinado ao ambiente e qualidade de vida, não é adstrito às relações do Estado e do particular com o meio ambiente⁶⁵⁷.

De todo modo, argumentos contrários ao reconhecimento das gerações futuras, ainda sem existência, como titular de direitos, repousa no paradoxo de se afirmar direitos ou interesses sem sujeito individualizado.

⁶⁵⁴ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, op. cit., p. 171.

⁶⁵⁵ Há uma forte tendência na doutrina reconhecer o direito das gerações futuras como deveres da geração presente em prol das sucessivas gerações, como desdobramento do princípio da solidariedade e de justiça intergeracional. Nesse sentido, JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit, p. 54 e JORGE PEREIRA DA SILVA, Ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.*, 2010, p. 459 e ss., considera que os direitos das gerações futuras constituem limites imanentes, ou mesmo restrições, dos direitos fundamentais, e HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, op. cit., pp. 184 e 187-188, que em acréscimo, defende o reconhecimento da humanidade (que engloba a geração atual e a futura) como sujeito de direito internacional.

⁶⁵⁶ Embora não seja um assunto originário da bioética, posto que inicialmente suscitado em questões ligadas ao meio ambiente e finanças, o tema da responsabilização perante as futuras gerações e justiça intergeracional é bem desenvolvido por HANS JONAS em *Técnica, medicina e ética: Sobre a prática do princípio responsabilidade*, São Paulo, 2014 (tradução da versão inglesa de 1994) e *The imperative of responsibility: In search of an ethics for the technological age*, Chicago, 1985, em que o Autor enfrenta a questão do controlo genético das futuras gerações e as decisões tomadas pela atual geração que reflete sobre quais tipos de genes que irá compor o patrimônio genético da futura geração; e por JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Cambridge, 1971, que embora não aprofunde temas relacionado à biomedicina e genética, defende que as gerações tem deveres e obrigações recíprocas, tendo elaborado o princípio da poupança justa, que enuncia a necessidade de cada geração assegurar uma poupança para a geração seguinte.

⁶⁵⁷ JOÃO MIRANDA, A valorização de bens do domínio público à luz do regime jurídico do património imobiliário público, *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 5, n° 1, 2018, pp. 67-68, esclarece que o legislador acolheu o princípio da solidariedade intergeracional no regime jurídico do património imobiliário público, aprovado pelo Decreto-Lei n° 280/2007, de 7 de agosto.

Seja como for, tal como no debate sobre o marco inicial da vida, consideramos que negar o direito das futuras gerações não autoriza cometer atos que possam prejudicá-las⁶⁵⁸.

A palavra genoma, obtida da fusão dos vocábulos gene e cromossoma, refere-se ao conjunto de informações genéticas contido no DNA⁶⁵⁹ das células humanas⁶⁶⁰. O genoma humano, portanto, agrega todos os diferentes genes encontrados nos seres humanos.

O Projeto Genoma Humano foi um consórcio internacional formado por 50 Estados que teve como objetivo o desenvolvimento de uma pesquisa científica globalizada para determinar a posição, o espaçamento e a ordem dos genes em 3 bilhões de pares de cromossomos até o ano de 2005⁶⁶¹. Diz-se projeto de pesquisa globalizado pois se pretendeu unir esforços internacionais para a disseminação de conhecimento e evitar repetições de pesquisas; no entanto, na prática, os Estados Unidos centralizaram a maior parte dos estudos⁶⁶².

O Projeto Genoma Humano (HUGO), por meio de seu Comitê de Ética, reafirmou o genoma humano como uma herança comum da humanidade⁶⁶³, tal como já pontuado anteriormente pelo Conselho da Europa, através da Declaração da Biomedicina, e pelas Nações Unidas, com a Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos.

No entanto, autores consideram que o reconhecimento do genoma como um patrimônio comum da humanidade não impede a utilização de técnicas que venham a modificar o genoma, desde que as intervenções sejam restritas a prevenção de doenças graves e que sejam acessíveis a toda a humanidade⁶⁶⁴, já que temos a obrigação de

⁶⁵⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais, op. cit.*, p. 64, assinala os direitos de quarta geração como sendo os direitos das gerações futuras, quando em causa a sobrevivência da sociedade.

⁶⁵⁹ Em Portugal, a sigla utilizada é ADN, que significa ácido desoxirribonucleico.

⁶⁶⁰ VERA LÚCIA RAPOSO / SARAH DAYANNA LACERDA MARTINS LIMA, *Patrimônio genético: O direito e os direitos, in A interface dos direitos humanos com o direito internacional*, Belo Horizonte, 2015, p. 338.

⁶⁶¹ O resultado da pesquisa sobre o genoma humano, no entanto, foi publicado no ano de 2001.

⁶⁶² VERA LÚCIA RAPOSO / SARAH DAYANNA LACERDA MARTINS LIMA, *Patrimônio, op. cit.*, pp. 338-339.

⁶⁶³ HUMAN GENOME ORGANIZATION, *Hugo Ethics Committee statement on benefit sharing: April 9, 2000, Clinical genetics, Vol. 58, nº 5, 2000, p. 365 e ss.*, e BENJAMIN CAPPS, *et. al., Imagined futures: Capturing the benefits of genome sequencing for society, Human Genome Organization*, 2013, p. iv.

⁶⁶⁴ Nesse sentido, NADIA PRIMC, *Do we have a right to an unmanipulated genome?, op. cit.*, p. 44. Em acréscimo, a Autora deduz que questões de segurança não são aptas a justificar, sozinhas, um direito

partilhar o progresso da ciência com as futuras gerações. Assim, para esses autores, a proibição de modificação do genoma não confere uma vedação absoluta à edição do genoma humano em laboratório.

A questão, portanto, que merece enfrentamento, é analisar se o direito ao patrimônio genético não modificado admite flexibilização diante da modificação do genoma fundada em critério de saúde, ou veda, por absoluto, a edição genética, para garantir a evolução natural da espécie humana.

Sem a pretensão de apresentar uma resposta conclusiva, consideramos que as tecnologias reprodutivas que promovem a alteração do sequenciamento genético, mesmo que motivadas por questões de saúde, não produzem efeitos restritos na exclusão ou transmissão de uma doença. Uma alteração ou exclusão do gene causador de uma doença não garantirá a extinção da moléstia, dado a complexidade de fatores (ambiente, genética, mutação) que influenciam a manifestação e a ativação dos genes.

A complexa rede de interação dos genes demonstra que a programação genética não é semelhante a um programa de computador, em que a troca de um *chip* ou dispositivo apenas causa a mudança que se almeja alcançar.

Assim, nem mesmo o argumento nobre de afastar doença genética garante que o genoma humano sofra apenas as modificações que se vislumbram a curto prazo, a comprometer outras capacidades humanas importantes. Ademais, como já visto anteriormente, o conceito de doença contém significados sociais arraigados, não sendo de todo relevante se pretender extirpar todas as doenças através do uso das tecnologias reprodutivas, sob pena de se criar mais estigmatização e discriminação com o público que não teve acesso a tais técnicas médicas no início da vida.

Pensamos que a proibição de modificação do genoma espraia efeitos para a tutela da família. A família, mesmo que não seja enquadrada na categoria jurídica de sujeito de direitos, é detentora de proteção constitucional e goza de garantia institucional. É em benefício da família, que se alonga infinitamente pelas gerações, que a proibição da modificação do genoma se perfaz. Gerações após gerações têm como elo comum a família ancestral. Além do carreamento de valores e padrões de conduta, a geração posterior herda os genes disponíveis na geração anterior. Modificar o padrão desses genes, ou

das gerações futuras a herdar um patrimônio genético inalterado. E também BARTHA MARIA KNOPPERS, *Human dignity and genetic heritage*, *Law Reform Commission of Canada*, 1991, p. 93.

retirar de circulação os genes em vigor em uma geração, corta a ligação genética entre as famílias⁶⁶⁵.

A interrupção da irmandade genética, no entanto, não possui peso suficiente para justificar uma restrição ao direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida. A seleção natural, sem dúvida, também pode inviabilizar a transmissão de alguns genes para a geração seguinte.

O que está em causa na seleção *in vitro* é a modificação do genoma sem garantias de preservação da saúde e integridade das gerações futuras. A seleção direcionada de genes, sem ainda ter sido desvendado por completo o enigmático genoma humano, pode comprometer a qualidade de vida ou quiçá representar a extinção das famílias.

No particular, pode parecer que o uso das técnicas de procriação medicamente assistida e a proibição da modificação do genoma tenha pouca ligação. No entanto, a corrida pelo conjunto de genes perfeitos ou idealizados conduz por deitar fora genes outros desconhecidos ou de pouca importância no momento em prol de um cobiçado arranjo gênico harmônico.

Caso o uso imoderado das tecnologias reprodutivas comprometa a qualidade da transferência de determinados genes para as próximas gerações, não há como garantir que haverá um *recall* genético, para a troca dos genes defeituosos.

Em 2016, o setor de inteligência nacional dos Estados Unidos emitiu o relatório mundial de avaliação de ameaças⁶⁶⁶ que incluiu a edição de genoma como uma potencial arma biológica, com o seu uso avaliado como implicações de segurança nacional. Em seguida, o pentágono criou programas de financiamento de pesquisa científica para o desenvolvimento de técnicas de defesa contra armas de engenharia genética, para reversão dos efeitos induzidas pela edição de genes que possam afetar a saúde global⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ Em sentido contrário, NADIA PRIMC, *Do we have a right to an unmanipulated genome?*, *op. cit.*, pp. 46-47, que afirma que a utilização da técnica de CRISPR para excluir um gene associado a uma doença genética não corta abruptamente a conexão genética entre as famílias humanas, posto que o resto do genoma permanecerá intacto. A Autora desconsidera, no entanto, o efeito sinérgico e as lacunas de conhecimento acerca da interação de genes, após o novo rearranjo genético promovido em laboratório. De todo modo, mais adiante, a Autora reconhece que o aprimoramento genético poderá criar novas subespécies humanas, a introduzir variações genéticas desconhecidas.

⁶⁶⁶ JAMES R. CLAPPER, *Worldwide threat assessment of the US intelligence community*, Office of the director of national intelligence, Washington DC, 2016, p. 09.

⁶⁶⁷ ANTÔNIO REGALADO, *The search for the kryptonite that can stop crispr*, *MIT Technology Review*, 2019. O desenvolvimento de tecnologias que visam bloquear possíveis ferramentas ou armas biológicas de edição do genoma tem sido chamada de anti-CRISPR.

Tanto o direito a procriar através das técnicas de procriação medicamente assistida como o direito a um patrimônio genético não modificado são alçados à categoria de direitos fundamentais, com pretensão de validade geral. Resta, portanto, ponderar qual a solução mais justificada constitucionalmente que não restrinja demasiadamente o núcleo essencial de ambos os direitos de envergadura constitucional.

O uso desenfreado das tecnologias reprodutivas pode comprometer a marcha histórica da humanidade. É justamente diante da incerteza e da irreversibilidade das escolhas de genes que devemos prevenir o uso imoderado das técnicas de PMA.

Uma revisão na permissão indiscriminada de utilização do potencial oferecido pela medicina da reprodução é salutar para a garantia plena de continuidade da humanidade.

Como mencionado, as técnicas médicas habitualmente inseridas no contexto da procriação medicamente assistida estão a ser utilizadas com o propósito de edição genética, com vistas a selecionar os genes que comporão a constituição biológica da nova criança a nascer. São os usos associados dessas técnicas médicas, que muitas legislações apenas reconhecem como técnicas de PMA, que urgem serem limitados.

Por mais que muitos autores considerem que o DGPI, por si só, não implica em engenharia genética, a escolha sistemática das mesmas características genéticas tidas por aceitáveis pela sociedade, proporcionadas por inúmeros óvulos e embriões criopreservados pela indústria da PMA, conduz, inevitavelmente, à exclusão às cegas de características genéticas que não integram o rol da fama das características desejadas.

O conhecimento insuficiente de todo espectro da seleção *in vitro* acarreta uma modificação, mesmo que não intencional, do genoma.

O fato de as famílias terem liberdade para tecer o enredo que desejarem, não autoriza a utilização das tecnologias reprodutivas que criem o risco de modificação do genoma, a impedir que as futuras gerações usufruam da diversidade de combinação do patrimônio genético, comum a todas as gerações.

No caso da manipulação do genoma, não se pode transplantar o argumento que tenta justificar a ausência de responsabilidade da geração atual com a utilização dos recursos naturais não renováveis, desde que não imponha às gerações posteriores uma

carga superior a que suportou, posto que a geração atual não necessita selecionar genes para garantir o bem-estar ou melhores condições próprias de vida.

Talvez não seja o desejo das próximas gerações erradicar a imperfeição humana, objetivo perseguido pela utilização desenfreada das técnicas de PMA na atualidade. O ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento científico e a aplicação das técnicas dentro de um limite de segurança converge para que as tecnologias reprodutivas estejam à serviço da humanidade, de modo a garantir às futuras gerações o direito a usufruir do patrimônio genético comum em toda a sua integralidade.

3.2.3 Direito à biodiversidade genética. Pontos cegos da seleção *in vitro*

Como desdobramento da proibição de modificação do genoma e do direito ao patrimônio genético não manipulado, é possível deduzir o direito à biodiversidade genética.

A diversidade biológica foi descrita na Convenção sobre a diversidade biológica das Nações Unidas, de 1992, ratificada por Portugal em 1993, como sendo a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, a incluir a diversidade dentro da espécie, entre espécies e ecossistemas; e recurso biológico como sendo os recursos genéticos de valor para a humanidade⁶⁶⁸.

No seu preâmbulo, foi descrito que, na iminência de ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a ausência de certeza científica não deve ser usada como justificativa para postergar medidas para evitar essa ameaça, a invocar o princípio da precaução no âmbito das tecnologias reprodutivas.

Em que pese o referido documento internacional ser comumente associado à proteção dos ecossistemas e do meio ambiente, enuncia deveres dos Estados para a conservação da diversidade biológica e genética.

⁶⁶⁸ NAÇÕES UNIDAS, Convenção sobre a diversidade biológica, de 5 de junho de 1992, ratificada pelo Decreto n° 21/93, de 21 de junho, artigo 2°.

Em complemento, a Declaração sobre as responsabilidades das gerações presentes sobre as gerações futuras, da Unesco, de 1997, enuncia no artigo 6º que o genoma humano deve ser protegido e a biodiversidade salvaguardada.

Por sua vez, a Declaração universal sobre bioética e direitos humanos, da Unesco, de 2005, nas alíneas g) e h) do artigo 2º, além de ressaltar a defesa dos interesses das gerações presente e futura, sublinha a importância da preservação da biodiversidade como preocupação comum da humanidade.

Embora a Constituição portuguesa não aponte expressamente o direito à biodiversidade genética, tampouco utilize a palavra diversidade no seu texto, é possível extrair o dever de proteger a diversidade da obrigação do Estado em garantir que todos tenham direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado⁶⁶⁹.

Ademais, o princípio de proteção da diversidade é um pressuposto do Estado democrático, posto que garante a conservação da espécie e a manutenção da pluralidade biológica dos indivíduos, bem como concretiza a justiça intergeracional, na medida em que impede que as gerações atuais comprometam ou sacrifiquem a biodiversidade em prol de satisfazer necessidades atuais⁶⁷⁰.

Em que pese não seja um direito fundamental referenciado com destaque, a delimitação do direito à biodiversidade genética é apoiada em princípios constitucionais e em tratados de direito internacional de proteção de direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico português com *status* constitucional.

A preservação do genoma humano tem como finalidade garantir a diversidade de genes e a atual gama existente de caracteres genótipos às gerações posteriores. Ao garantir que todos os genes estejam disponíveis, protege-se as unidades que compõem os variados genótipos dos seres humanos.

Sem dúvidas, a diversidade genética contribuiu para maior vantagem de sobrevivência. Não é possível antecipar quais são os genes que serão recrutados no futuro para garantir a vida planetária.

⁶⁶⁹ CRP, nº 1 do artigo 66º.

⁶⁷⁰ JOÃO MIRANDA, A valorização de bens do domínio público à luz do regime jurídico do património imobiliário público, *op. cit.*, pp. 67-68.

O patrimônio genético atual é resultado das multifacetadas combinações de genes das gerações anteriores. Barrar a possibilidade de combinações aleatórias através da seleção direcionada de genes em laboratório restringe a diversidade genética construída há milhares de décadas atrás, e que ainda está em plena evolução.

A suposta autonomia conferida aos pais para a escolha do processo que determinará a programação genética dos descendentes não pode comprometer a disponibilidade e a diversidade da herança genética das futuras gerações.

Muitas doenças atualmente existentes não resultam da alteração de um único gene⁶⁷¹. Por mais que o DGPI e a excessiva captura de óvulos e a formação de embriões em laboratório não tenham por finalidade imediata a alteração ou modificação do genoma, a indiscriminada seleção de embriões com o objetivo de escolher aqueles que detenham as melhores características genéticas compromete a diversidade e a heterogeneidade de genes.

A reiterada escolha por um determinado conjunto de genes tido por mais importantes conduz por retirar de circulação genes ainda considerados insignificantes, mas que num futuro próximo poderão ser essenciais para a sobrevivência humana.

O uso indiscriminado de algumas técnicas de procriação medicamente assistida, notadamente a seleção do embrião fertilizado *in vitro* que será implantado na cavidade uterina, à luz dos resultados obtidos pelo diagnóstico genético de pré-implantação, sem dúvida está a interferir, para o bem e para o mal, no processo de transmissão do patrimônio genético ao longo das gerações.

Com o avanço das tecnologias reprodutivas e o domínio de enzimas associadas ao CRISPR, já é possível cientificamente modificar, remover ou inserir genes no sequenciamento do DNA de uma célula, e a ferramenta recém-descoberta se mostra eficaz para a modificação do DNA do embrião na fase de pré-implantação, que transmitirá a informação genética para todas as células do indivíduo a ser formado.

No entanto, é notória a ausência de compreensão dos cientistas de toda a cadeia de reações metabólicas ocorridas a nível celular, bem como da interação dinâmica que os genes possuem entre si.

⁶⁷¹ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de biodireito, op. cit.*, pp. 200-202.

De forma louvável, a comunidade médica, nos tempos atuais, reconhece que existem lacunas de conhecimento na compreensão exata de como os genes se interrelacionam e quais os riscos advindos da edição permanente de genes⁶⁷².

O enigma acerca da interação dinâmica entre os genes e a ausência de domínio das todas as reações que podem ocorrer com a edição genética levanta questionamentos sobre a ausência de regulamentação precisa sobre todo o potencial das tecnologias reprodutivas.

Podemos manipular livremente o intrincado jogo dos genes sob o pretexto de melhoramento genético? Afinal, quem escolhe as características e as propriedades orgânicas de um indivíduo considerado geneticamente melhorado e superior aos demais? A quem compete deitar fora e retirar de circulação os genes considerados inservíveis para as gerações vindouras?

A utilização extrapolada das técnicas de PMA, com a justificativa de obter o embrião mais apto ao desenvolvimento da gravidez, deu causa a problemas como a síndrome de hiperestimulação ovariana, a gravidez múltipla recorrente e a seleção das características não médicas do embrião. Hoje, a excessiva escolha dos genes está a comprometer a diversidade do patrimônio genético.

Por mais que as legislações dos Estados proibam a utilização do DGPI para a seleção do sexo, temos que essa característica, assim como diversas outras atribuídas ao melhoramento da espécie, tais como altura, inteligência, memória, tônus muscular, são reveladas durante os testes genéticos de pré-implantação.

A proibição legal de escolha do sexo da criança não é infalível. Em um estudo realizado em clínicas de reprodução assistida na Inglaterra, que também conta com vedação legal de utilização das técnicas de PMA para a escolha do sexo da criança, constatou-se que a revelação do sexo do embrião conta com a complacência da equipe médica, posto que a ética médica tende a considerar que a retenção de informações sabidas sobre o estatuto do embrião dos casais beneficiários das técnicas de PMA significa o mesmo que uma falta disciplinar⁶⁷³.

⁶⁷² B. DAVIES, *Gene editing: past, present and future*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 1.

⁶⁷³ KATHRYN EHRICH *et al.*, *Choosing embryos.*, *op. cit.*, pp. 1099 e 1102. Os autores relatam, inclusive, que a revelação do sexo da criança pode ser antecipada aos casais com vistas a impedir um possível abortamento voluntário do feto, por ausência de conhecimento prévio do sexo de preferência. Mais adiante, os autores aduzem que os profissionais de saúde consideram que a retenção de informações pela

Por outro lado, a proibição de compartilhamento dos dados do embrião que será transferido, o que inclui o sexo, parece contrariar o festejado instituto do consentimento informado, que preconiza que toda a informação de saúde seja disponibilizada ao paciente, de forma clara e objetiva, de modo a apoiar a tomada de decisão individual. Nesse sentido, a revelação do sexo do embrião, bem como de qualquer outra característica não médica, antes de sua transferência, pode ser justificada como uma forma de partilhar possível responsabilidade futura pela escolha do embrião.

Mesmo que não se possa atribuir aos pais a seleção dos melhores genes para a constituição do patrimônio genético do seu filho, as clínicas de PMA estão a escolher os genes que prevalecerão em uma determinada época e lugar, a desequilibrar a fonte humana de diversidade genética.

No estágio atual da DGPI, é impensável se propor que a técnica só pode ser utilizada para revelar marcadores genéticos para doenças graves, dado o completo domínio da ferramenta pelos embriologistas que, invariavelmente, têm acesso a uma infinidade de características genéticas não médicas ao decodificar a cadeia do DNA da célula.

A seleção repetitiva do gene que determina a maior altura do indivíduo, invariavelmente descarta o gene da baixa estatura; a escolha direcionada do gene do tônus muscular afasta o gene do franzino, e assim por diante. Independentemente das opções pessoais de cada um, a quem compete definir as melhores características que devem prevalecer para a composição genética das próximas gerações, com exclusão de tantas outras alternativas existentes?

Ademais, a complexa simbiose do agrupamento de genes e os mecanismos ainda não revelados de ativação e desativação dos genes não permitem afirmar, com precisão, quais as características que efetivamente serão excluídas do conjunto do sequenciamento genético.

A escolha por uma determinada característica não necessariamente só afastará a característica oposta; pode comprometer a existência de outros caracteres essenciais para a vida humana ou, no mínimo, agravar a situação das minorias e daqueles que não tem acesso ao melhoramento da espécie proporcionado pelas técnicas de PMA.

equipe médica pode levar a resultados indesejáveis, a demonstrar o dilema ético subjacente à proibição de revelação do sexo da criança.

Os erros de programação genética não afetam somente a criança que será concebida em sequência à utilização da tecnologia reprodutiva; em larga escala pode comprometer a disponibilidade de um determinado gene que foi sucessivamente descartado em seleções de embriões *in vitro*.

Por cautela, não se pode utilizar todo o potencial disponibilizado pelas tecnologias médicas pois ainda não se tem conhecimento completo das interações das unidades componentes do genoma humano. Reunir nas crianças submetidas à seleção *in vitro* todas as características consideradas perfeitas pode ter um efeito devastador de aniquilação da diversidade biológica.

Muito mais do que o perigo da escolha de genes que prevalecerão e os que serão subtraídos das próximas gerações, a questão é problemática em relação às alterações que serão promovidas fora do alvo dos cientistas.

A tentativa de sedimentar a seleção dos genes da criança a ser concebida através das técnicas de PMA como sendo um direito individual dos pais em relação a sua prole, tal como o direito de direcionar a educação e as instruções de vida para o desenvolvimento dos seus filhos, esconde o fato de que as escolhas deliberadas de genes afetam a diversidade natural do patrimônio genético disponível para as futuras gerações.

Acaso no futuro próximo os laboratórios de genética deleguem a escolha dos genes para mecanismos sofisticados de inteligência artificial (se isso já não estiver a ocorrer)⁶⁷⁴, uma máquina decidirá, conforme a programação previamente definida, quais os genes que a futura geração será capaz de herdar.

Bruce Lipton aponta que, antigamente, se pensava que os genes apenas eram transmitidos de forma vertical, dos ascendentes para os descendentes, como descrito por Charles Darwin. Hoje, os cientistas sabem que organismos de espécies diferentes também partilham o seu material genético, e essa transmissão de informação genética acelera a evolução das espécies, posto que contribuem para as adaptações necessárias à sobrevivência em um mundo em constante mudança⁶⁷⁵.

A partilha do material genético entre espécies diferentes foi comprovada após o domínio da ferramenta CRISPR, em que se observou o mecanismo rudimentar das

⁶⁷⁴ Conforme é possível observar em ANTÓNIO MANSO / LUÍS CORREIA, Preservação da diversidade genética no *Multiset Genetic Algorithm*, Congresso de Métodos Numéricos em Engenharia, Coimbra, 2011.

⁶⁷⁵ BRUCE H. LIPTON, *A biologia da crença*, op. cit., pp.46-49.

bactérias em recortar e colar pedaços do DNA do vírus que entrou em contato, como forma de criar uma imunidade para novos confrontos com o mesmo vírus. Assim, por mais estranho que isso possa parecer, partilhamos material genético com outras espécies, a tornar a transmissão de genes um mecanismo de colaboração evolutiva entre as mais diferentes espécies que habitam o planeta.

A defesa da biodiversidade genética não pretende proteger uma bucólica ou ingênua humanidade dos avanços conquistados no projeto genoma humano, nomeadamente em relação à prevenção de doenças geneticamente relacionadas, mas sim conferir que a humanidade continue a evoluir progressivamente através da cooperação das experiências aprendidas por outros organismos e que determina a transmissão de informações genéticas salutareis à adaptação da vida.

Como não é possível saber ao certo quais os estímulos ambientais a que uma pessoa será exposta ao longo da vida, é salutar que no processo de especialização citológica, ocorrido no nível do embrião, genes diversificados e por vezes aleatórios participem da composição biológica final do indivíduo, sob pena do sequenciamento de genes dificultar a própria sobrevivência do ser humano, como por exemplo tolerar baixas temperaturas ou o calor extremo, como os povos que vivem no deserto⁶⁷⁶.

O mapeamento do genoma humano, em que pese ter identificado inúmeros genes causadores de doença, ainda não logrou desvendar todas as funções, potencialidades e a relação dinâmica travada entre os genes humanos em isolado. O manuseio de tecnologias reprodutivas que cortam, selecionam ou simplesmente recombina determinados genes, sem que toda a cadeia genética humana tenha sido efetivamente decodificada, pode significar a extinção de um gene indispensável para as gerações futuras.

E se a escolha recair em deitar fora um gene identificado para combater uma doença já erradicada, e mais adiante for constatado que o dito gene possuía outra função recombinante, que ora demanda utilidade? Enquanto o mistério dos genes inativados e sua relação dinâmica com os demais genes não for completamente desvendada, a edição genética permanecerá míope.

Apesar da edição genética com recurso à tecnologia do CRISPR evidenciar maior risco à biodiversidade genética, a escolha de embriões promovida pelo diagnóstico

⁶⁷⁶ BRUCE H. LIPTON, *A biologia, op. cit.*, pp. 43-49.

genético de pré-implantação também pode resultar na extinção ou desaparecimento de determinado gene tido hoje por irrelevante. A ausência de limites claros nos usos das modalidades de PMA com fins terapêuticos e para o aperfeiçoamento dos caracteres genéticos faculta o uso indiscriminado de tais técnicas médicas.

A promessa de longevidade, da erradicação de doenças e de melhoria da espécie humana através das tecnologias reprodutivas parece ter ido além do que se pode efetivamente estimar, podendo dar causa à transmissão transgeracional de erros praticados durante a edição dos genes.

Por maior que seja o avanço alcançado pelo projeto genoma humano, ainda subsistem pontos obscuros no tocante a todos os mecanismos existentes de desenvolvimento do corpo humano.

Apesar de Vera Lúcia Raposo considerar que a técnica de DGPI não é o mesmo que engenharia genética⁶⁷⁷, a utilização daquela técnica no grau máximo, ou seja, se somente forem eleitos os embriões que dispõem das mesmas características tidas por uma determinada sociedade como perfeitas, pode no final conduzir aos mesmos resultados.

Para além da eliminação da diversidade biológica, não é difícil imaginar que a seleção constante do mesmo grupo de genes pode culminar no desaparecimento de genes vitais para o enfrentamento de adversidades que acometerão as próximas gerações.

A utilização das técnicas que visam a seleção dos melhores embriões, se manejadas com vistas a sempre eleger as mesmas características tidas na atualidade como biologicamente perfeitas, invariavelmente afastará a disponibilidade de outras características genéticas que até então se desconhece o seu propósito e função.

De fato, não se olvida que, por mais que toda cadeia genética já tenha sido mapeada a partir do Projeto Genoma humano, os mais renomados cientistas da medicina da reprodução admitem a incapacidade de reconhecer todas as funções desempenhadas pelos genes.

A retirada de um gene ou a presença dele no sequenciamento do DNA não corresponde a regra do tudo ou nada, posto que o gene de uma doença pode não se manifestar durante toda a vida do indivíduo. Além disso, tanto um gene pode manifestar

⁶⁷⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, Pode Trazer-me o menu, por favor?, *op. cit.*, p. 64.

mais de uma característica, como o contrário também ocorre, com múltiplos genes sendo responsáveis por um só fenótipo⁶⁷⁸.

A ausência de domínio do mecanismo como os genes são ativados ou inativados e a sua interação dinâmica com outros genes não autoriza afirmar que a exclusão de um gene associado a uma doença implica em apenas retirar a doença específica de circulação.

Assim, a seleção deliberada de genes apoiada apenas no conhecimento parcial da potencialidade dos genes, com ignorância da função exercida ou dos benefícios que poderão advir da interação com outros genes, resultaria na criação de uma lei da seleção natural às avessas: a eleição artificial de determinadas características tidas por mais importantes em detrimento de outras, poderá conduzir na eliminação de características genéticas essenciais para o enfrentamento de novas doenças ou condições adversas impostas pela vida na terra. Seleção artificial que pode conduzir ao extermínio da vida, e não na sobrevivência dos mais fortes (mesmo que mais belos).

A eliminação de características não aceitas socialmente contraria inclusive os progressos (ou preceitos) da medicina, que visam tornar a coexistência das doenças genéticas não desejadas totalmente adaptadas à vida normal.

Todas as intervenções genéticas em células germinativas são transmitidas às gerações⁶⁷⁹ portanto, editar dados genéticos, com o propósito de enaltecer determinadas habilidades ou garantir o afastamento de doença, pode ocasionar resultados diversos do planejado, com arranjos genéticos irreversíveis.

São justamente as técnicas de PMA que permitiram o desenvolvimento da ideia do bebe-remédio. Na tentativa de curar um filho com uma doença grave, casais procuraram as tecnologias reprodutivas com o propósito de selecionar o embrião geneticamente programado para doar suas células-tronco ou outros órgãos para salvar a vida do irmão.

No entanto, nem mesmo a técnica de DGPI, utilizada para selecionar os melhores genes ou o embrião que não contenha determinada doença genética que se quer afastar, é insuscetível a erros. A literatura médica nos revela o caso em que a família Flynn, nos Estados Unidos, no ano de 2003, buscou as técnicas de PMA com o objetivo de gerar um

⁶⁷⁸ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, op. cit., pp. 201-202.

⁶⁷⁹ JENNIFER A. DOUDNA / SAMUEL H. STERNBERG, *A crack in creation: Gene editing and the unthinkable power to control evolution*, Boston, 2017, pp.98-99.

bebê-remédio compatível para o transplante de medula óssea da filha acometida de anemia de Fanconi. Foram realizados diversos testes genéticos para garantir a escolha dos melhores embriões livres da doença genética rara. Ao final, a utilização das tecnologias reprodutivas resultou no nascimento com vida de gêmeos, ambos acometidos da mesma doença genética da filha que se buscava a cura⁶⁸⁰.

Ademais, estudos avançados na área da epigenética⁶⁸¹ já demonstram que são sinais ou estímulos ambientais que controlam a atividade genética, e não um gene em específico que detém toda a informação necessária para determinar a presença ou ausência de uma patologia. O desenvolvimento do Projeto Genoma demonstrou que não existem genes para cada doença ou característica humana catalogada, a concluir que outros fatores externos ao DNA atuam para tornar uma doença ativa⁶⁸².

Dito com outras palavras, o enigma da interação entre os genes e os estímulos adjacentes, aliado ao desconhecimento aprofundado dos mecanismos epigenéticos que são necessários para ativar ou desativar uma doença, não autoriza o descarte preordenado de um gene, como se a sua exclusão apenas eliminasse a doença ou característica indesejada. As lacunas de conhecimento sobre a complexa história da evolução da cadeia de DNA torna o jogo de cortar e colar genes uma tarefa arriscada⁶⁸³.

A cooperação entre os genes e os estímulos ambientais formam uma dinâmica rede ainda a ser desvendada pela ciência, a contraindicar a eliminação de uma peça sem que se tenha domínio da estrutura completa.

⁶⁸⁰ STU HUTSON, *Troubling times for embryo gene tests*, *New scientist*, Vol. 189, nº 2543, 2006, pp. 14-15.

⁶⁸¹ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op.cit.*, p. 202, ensina que a epigenética estuda as alterações no fenótipo que não são resultantes de modificação na sequência de genes do DNA.

⁶⁸² BRUCE H. LIPTON, *A biologia da crença*, *op. cit.*, p.72. O autor relata que no início do Projeto Genoma, os cientistas estimaram catalogar 120.000 genes, um gene para cada doença conhecida, mas descobriram que o genoma humano possui menos de 25.000 genes, o que reforçou os recentes estudos epigenéticos que demonstraram que a interação com fatores ambientais responde pela ativação dos genes. No endereço oficial do Projeto Genoma, é confirmado que antes do início da pesquisa, os cientistas estimavam encontrar de 50.000 a 140.000 genes, mas a conclusão da pesquisa, em abril de 2003, revelou a existência de apenas 20.500 genes humanos. <https://www.genome.gov/>, com acesso em 24 de setembro de 2021. De forma semelhante, o estudo final apresentado pelo Projeto Genoma Humano, J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *op. cit.*, p. 1346, possui um capítulo específico para justificar a descoberta de menos genes do que o estimado e, após listar algumas hipóteses, reconhece mais uma vez a incompletude do conhecimento acerca do genoma humano e a existência de genes indefinidos.

⁶⁸³ HELENA PEREIRA DE MELO, *Manual de Biodireito*, *op. cit.*, p. 2021, descreve a interação dos genes como uma cascata de ações, em que a expressão de um gene depende do estado de atividade da rede de genes.

Como o relatório final do Projeto Genoma pontuou, não existem genes bons e genes maus que mereçam ser banidos por absoluto, e sim redes entrelaçadas de genes com diferentes graus de perturbação e conectividade⁶⁸⁴. Não se eliminará uma grave doença com a remoção de apenas um gene, dado inexistir correlação exclusiva de um único gene a uma doença. E até mesmo um gene relacionado a uma patologia possui relevante atuação sistêmica com outros genes, a determinar uma característica ou habilidade pertinente à vida humana⁶⁸⁵.

Por curioso, o Projeto Genoma humano comprovou que os indivíduos possuem 99,9% de sequenciamento genético idêntico e que supostas variações biológicas entre as pessoas estão restritas a 0,1% dos genes presentes no DNA. Tal conclusão, de acordo com os próprios cientistas, rechaça o dogma do determinismo genético para a totalidade das doenças, e reforça ainda mais a necessidade de se aprofundar o conhecimento sobre a dinâmica da interação dos genes para a compreensão da diversidade humana⁶⁸⁶.

O grande desafio da era da edição genética é assegurar, com precisão, que o gene a ser excluído não afetará a biodiversidade genética e que efetivamente não causará mais dano ou perturbação ao sequenciamento genético resultante.

A justificativa para limitar o uso da técnica de procriação medicamente assistida que objetive selecionar e fomentar a criação de embriões com características perfeitas advém do fato de que ainda não é possível comprovar cientificamente que a eleição de tais características não estaria a pôr em causa outros caracteres biológicos fundamentais para a preservação da espécie humana.

O anseio da sociedade voltado apenas para a aparência física e o afastamento de doenças conhecidas na atualidade pode causar a eliminação dirigida de genes até então desconhecidos, que poderão ser recrutados para a sobrevivência das próximas gerações.

Não é o medo do novo que justifica a limitação do uso das tecnologias reprodutivas. É a constatação de que a seleção míope de genes poderá implicar na ausência de diversidade e na eliminação de um gene em específico.

⁶⁸⁴ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *op. cit.*, p. 1347.

⁶⁸⁵ JACQUES TESTART, *A procriação pela medicina*, 1993, pp. 113-114, noticiou há algum tempo que após se tentar eliminar da descendência alguns genes considerados como maus através do aconselhamento genético, se descobriu posteriormente que muitos genes tidos como ruins, por estarem relacionado a alguma doença em específico, possuíam a função de proteção para outras doenças, a exemplo do gene de Tay-Sachs, que protege da tuberculose e do gene da talassemia, que protege do paludismo.

⁶⁸⁶ J. CRAIG VENTER *et al.*, *The sequence of the human genome*, *op. cit.*, p. 1348.

A combinação e eventual desativação de genes são cruciais para a sobrevivência no planeta. Algumas espécies de animais foram extintas por desativações de genes banais, que muito provavelmente foram modificados sem que fossem avaliadas as consequências futuras.

Cientistas chineses descobriram que, há milhões de anos, os pandas tiveram o gene ligado ao paladar desativado involuntariamente e, a partir de então, deixaram de sentir o sabor de alimentos fortes, tal como a carne⁶⁸⁷. A princípio, uma modificação do gene do paladar, que desencadeou a alteração dos hábitos alimentares do panda de carnívoro para herbívoro, pode parecer advinda da evolução natural da espécie, e que não causaria maiores consequências, posto que as comunidades de panda são encontradas prioritariamente em florestas.

Após a inativação do gene do paladar carnívoro, os remanescentes pandas passaram a se alimentar exclusivamente de bambu. No entanto, essa dieta, de baixo teor proteico, é insuficiente para a manutenção da sua estrutura corpórea densa, aliado ao fato de que o seu estômago permanece com características de animais carnívoros. A mutação genética que causou a alteração do paladar do panda é apontada como a causa da sua provável extinção⁶⁸⁸.

Hoje, estima-se que só existem 2 mil pandas que residem nas florestas da província de Sichuan, China⁶⁸⁹, e cientistas associam a sua pequena população ao fato de não mais possuírem paladar para sabores mais fortes.

O paradoxo do panda, que se alimenta como animal herbívoro e possui sistema digestivo de carnívoro, reafirma o cuidado e a precaução que se deve ter com a escolha e a exclusão, mesmo que aparentemente inofensiva, dos genes que comporão o estatuto genético das crianças a serem concebidas através das técnicas de PMA.

⁶⁸⁷ HUABIN ZHAO *et al*, *Pseudogenization of the umami taste receptor gene Tas1r1 in the giant panda coincided with its dietary switch to bamboo*, *Molecular biology and evolution*, Vol. 27, nº 12, 2010, pp. 2669-2673.

⁶⁸⁸ HUABIN ZHAO *et al*, *Pseudogenization of the umami taste*, *op. cit.*, p. 2671, relatam que a mudança dietética do panda ocorreu por uma mutação no genoma, levada a efeito por modificação do metabolismo da dopamina em relação ao sabor umami e, por consequência, da apreciação do sabor de carne. Os cientistas constataam que, apesar do panda ter sofrido a mutação genética há milhares de anos, permanecem com o aparelho digestivo de animais carnívoros, o que contribui para a baixa eficiência da digestão do bambu.

⁶⁸⁹ WEI WEI *et al*, *Assessing the effectiveness of China's panda protection system*, *Current Biology*, Vol. 30, nº 7, 2020, p. 1281.

A garantia da biodiversidade genética busca acautelar a sobrevivência das futuras gerações e impedir a irreversibilidade das decisões tomadas pela seleção sistemática e planejada de genes. Assim como nas decisões que esgotam a utilização de recursos naturais, técnicas médicas que ponham em causa a perda da diversidade biológica e genética, tornando-a irreversível, também devem passar por rigoroso escrutínio legal.

Considerações finais

A ciência compromete-se com a produção de conhecimento e a procura de respostas para as hipóteses levantadas, sejam elas benéficas ou não para a humanidade.

O direito de obter os benefícios do progresso científico que, à partida, apoia o uso das técnicas de procriação medicamente assistida, deve ser interpretado de acordo com os primados básicos do direito dos indivíduos, para a garantia efetiva dos direitos fundamentais.

É inegável a obrigação do Estado de mitigar o efeito negativo do avanço das tecnologias reprodutivas e de adotar medidas para garantir o uso da ciência benéfica, que traga benefícios à espécie humana e não somente para os setores econômicos.

O ideal é buscar o equilíbrio entre a regulação e a desregulação estatal, que não implique em risco de danos ao patrimônio genético das futuras gerações e nem restrinja demasiadamente os direitos reprodutivos.

Uma medida relevante é o Estado adotar iniciativas que promovam a pesquisa científica no campo da reprodução assistida que intencionalmente busquem melhorias para a pessoa humana e, por outro lado, inibam o desenvolvimento de tecnologias reprodutivas focadas no lucro e na comercialização da ciência⁶⁹⁰.

O adiamento da maternidade é uma tendência do mundo contemporâneo que desafia a medicina da reprodução a desenvolver e aperfeiçoar tecnologias que permitam à mulher constituir prole no momento mais adequado de vida. De igual forma, o reconhecimento dos direitos reprodutivos dos grupos com notória infertilidade social, por ausência do gameta oposto, descaracterizam o acesso às tecnologias reprodutivas como uma intervenção terapêutica.

O abrandamento do princípio da subsidiariedade, que possibilitou o acesso às técnicas de PMA sem o requisito prévio de diagnóstico de infertilidade, clama por um debate franco sobre a legitimidade do Estado em financiar a utilização das tecnologias reprodutivas dissociadas de uma causa médica ou de saúde.

⁶⁹⁰ CRAIG NIEDERBERGER *et al.*, *Forty, op. cit.*, p. 301. Heather E. Ross e Guido Pennings não negam a abundante comercialização da medicina da reprodução assistida, com a presença de corretores e divulgação de catálogos de possíveis doadores de gametas.

A legalização do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, por si só, não democratiza a utilização das tecnologias reprodutivas para quem dela necessita. A utilização dos métodos de procriação assistida demanda investimento financeiro e disponibilidade psíquico-emocional do casal em se submeter aos sucessivos ciclos reprodutivos.

O uso de novas tecnologias, seja na fertilização *in vitro*, seja na genética da reprodução, sempre estará à frente da regulamentação legal. Cabe aos Estados vigiarem a introdução de novas tecnologias na prática médica com vistas à atualizarem suas legislações periodicamente, mesmo que com descompasso.

Por mais que a pluralidade do conceito de família não permita engessar as relações familiares em um *standard* ideal, sempre que as novas formas de procriação colocarem em causa outros direitos fundamentais, clamarão por regulamentação estatal. O desafio é encontrar limites que possam ser impostos a toda a gente, com resguardo da neutralidade do Estado em prol da liberdade procriativa.

Os usos associados das técnicas de procriação medicamente assistida podem resultar em violações de direitos fundamentais. A atuação do Estado, no sentido de exigir que a tomada de decisão sobre a reprodução seja consciente e responsável com as futuras gerações, não implica em indevida interferência na esfera de liberdade do indivíduo. Desta forma, não vemos outra saída a não ser a regulamentação estatal das técnicas de procriação medicamente assistida que estejam a violar outros direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Não somos contra o melhoramento da espécie humana, nem defendemos a excessiva restrição ao uso das técnicas de PMA, de modo a inviabilizar a pesquisa e a inovação na área da medicina da reprodução. O que se teme é que a seleção *in vitro* comprometa a vida das futuras gerações por desconhecimento da função que cada gene pode desempenhar. Genes hoje tido por irrelevantes podem estar sendo descartados sem o conhecimento de uma importante função que poderá ser recrutada no futuro.

A existência de pontos cegos na seleção realizada em laboratório não autoriza o uso indiscriminado das técnicas de procriação medicamente assistida que visem à escolha preordenada das características da criança a nascer.

Por mais que concordemos com a trajetória empreendida pela LPMA, no sentido de facultar o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida independentemente do diagnóstico de infertilidade, o que significa o afastamento da subsidiariedade no acesso à PMA, entendemos que a subsidiariedade deve subsistir em relação à escolha da modalidade de PMA a ser utilizada prioritariamente.

É inevitável a imposição de limite pelos Estados na utilização do diagnóstico genético de pré-implantação, sob pena de tal técnica ser utilizada *ad infinitum* até a obtenção de um embrião supostamente invencível a todas as doenças e dotado dos caracteres eleitos pela sociedade como sendo os mais vantajosos e imprescindíveis à autorrealização.

Enquanto não houver regulamento rígido que proíba o uso das tecnologias reprodutivas em caso de mero melhoramento genético sem causa médica, para suprir o desejo dos pais e da sociedade em projetar geneticamente as características do filho, será difícil a comunidade científica resistir à manipulação do genoma humano.

A proibição de escolha do sexo e de características supérfluas não são o bastante para afastar a possibilidade real da procriação medicamente assistida estar sendo utilizada como modificadora do genoma humano.

Atualmente, as tecnologias reprodutivas constituem-se em ferramentas híbridas de biotecnologia, não sendo mais possível delimitar, com precisão, as fronteiras das técnicas de PMA requisitadas unicamente para a finalidade de reprodução, daquelas que produzem efeitos similares à edição genética.

Dentro do amplo leque da procriação medicamente assistida, é imperioso saber distinguir as consequências decorrentes da fertilização *in vitro* em sentido amplo⁶⁹¹ e da genética reprodutiva, que persegue o melhoramento genético sem relação com causa médica⁶⁹².

⁶⁹¹ Com a denominação de sentido amplo queremos englobar todas as técnicas médicas que tenham como propósito auxiliar a fecundação e o desenvolvimento da gravidez.

⁶⁹² A doutrina norte-americana distingue as técnicas de procriação medicamente assistida e da genética da reprodução, porém refere-se a ambas pela sigla em inglês ART, que se traduz como tecnologia de reprodução assistida. Em Portugal, alguns autores já começam a diferenciar as técnicas de procriação assistida com as técnicas que visam a seleção *in vitro* ou o melhoramento da espécie. Conforme visto, a LPMA, entretanto, não faz distinção.

A ajuda médica para a fecundação em laboratório com vistas a propiciar o desenvolvimento da gravidez, por si só, não deve ser motivo de grandes preocupações. Superada que está a exigência da confirmação de uma doença para se ter acesso às técnicas médicas que visem o desenvolvimento da gestação, entendemos que, atualmente, a procriação assistida assume posição de igualdade com a procriação natural, recaindo a escolha por um ou por outro método à mulher ou ao casal, tal como ocorre na escolha pelo parto cesárea ou parto natural.

Defendemos que o uso das técnicas de PMA fundamenta-se nos direitos a procriar e de obter os benefícios do progresso científico. No entanto, o reconhecimento constitucional do direito a procriar não o torna ilimitado ou absoluto, ou significa o acesso ilimitado a todas as formas ou técnicas de PMA.

É difícil distinguir as técnicas médicas utilizadas com o objetivo único de proporcionar a procriação assistida das direcionadas à seleção genética. Quando falamos em técnicas médicas que promovem a seleção genética, a primeira reação é pensar apenas no diagnóstico genético de pré-implantação e no CRISPR. No entanto, técnicas aparentemente inofensivas e corriqueiras como a estimulação ovariana e a criopreservação de óvulos e embriões também apoiam a seleção desenfreada de embriões, a produzir efeitos semelhantes às edições genéticas.

O DGPI, sem dúvida, é a técnica que permite identificar as características genéticas para efeito de comparação e seleção do melhor conjunto de características disponíveis. No entanto, as técnicas médicas de estimulação ovariana e a criopreservação de óvulos e embriões são as que possibilitam a variedade e a quantidade de embriões que serão objetos da seleção *in vitro*.

A genética reprodutiva, portanto, está estritamente ligada aos progressos obtidos nas técnicas de fertilização *in vitro* e utiliza os benefícios para aprofundar o exame dos componentes genéticos.

A remissão, no decorrer do estudo, de dispositivos de direito convencional teve por propósito demonstrar que Portugal não está alheio à evolução do tema e alinha-se aos principais desdobramentos dos direitos humanos no cenário internacional.

A dificuldade de regulação do tema não pode levar a lacunas legislativas permanentes. O legislador deve ser um normatizador de situações jurídicas difíceis. Não

dá para confiar à medicina da reprodução o julgamento ético e de valores acerca da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, pois é sabido a interligação dos resultados obtidos com o mercado da procriação medicamente assistida.

Jorge Miranda considera que a ética médica possui estrita relação com o capítulo destinado nas Cartas Constitucionais aos direitos e deveres fundamentais⁶⁹³. Para além de os Estados garantirem o avanço técnico-científico, é imperioso que a ética médica se conforme ao princípio da dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade do direito à vida e à proteção à identidade pessoal e genética.

O avanço na área das tecnologias reprodutivas, a par de representar uma importante conquista da sociedade contemporânea, exige permanente vigília e controle das práticas médicas, sob pena de uma possível omissão representar consequências imprevisíveis e potencialmente devastadoras para o futuro da humanidade.

O progresso da ciência a favor da procriação humana deve estar atrelado a uma regulamentação à sério, sem espaço para a chancela automática de práticas médicas e laboratoriais que, a curto prazo, foram taxadas de bem-sucedidas.

O longo tempo de utilização da primeira técnica de procriação medicamente assistida, datada de quarenta anos atrás, não permite justificar uma suposta ausência de atualização das leis por incompetência ou impossibilidade legiferante de acompanhar o progresso científico.

De igual modo, não se pode imputar à ausência de consenso sobre o tema a dificuldade do legislador em regulamentar o acesso e os limites à procriação medicamente assistida, já que a alteração genética da espécie humana não é uma escolha aceitável ou passível de negociação.

Por isso, a utilização das tecnologias reprodutivas requer constante monitoramento das autoridades dos Estados, com vigilância sobre o uso e o desenvolvimento de novas tecnologias na área da procriação medicamente assistida, sem sucumbir aos apelativos argumentos da indústria médica de erradicação completa de doenças ou de prolongamento da longevidade.

⁶⁹³ JORGE MIRANDA, *Ética Médica e Constituição*, *Revista Jurídica*, Lisboa, nº 16/17, jul. 1991/jun. 1992, pp. 259-260.

A ausência pontual de regulamentação legal acerca de alguns métodos de procriação medicamente assistida em específico não significa que tais modalidades são insuscetíveis à controle jurídico.

Mesmo que os argumentos desfavoráveis tentem justificar uma possível abstenção legislativa, consideramos que a tendência atual é aceitar a edição de leis para a regulamentação do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida⁶⁹⁴, em que pese as primeiras legislações dos Estados sobre o tema já se encontrem defasadas ou com significativas alterações.

De toda sorte, concluímos no presente estudo que, independentemente da divulgação de evidências científicas que desaconselhem a utilização de uma tecnologia reprodutiva, ou a edição de uma lei proibindo a utilização de uma técnica em específico, o texto constitucional português já contempla limites à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, combinadas ou não com o método de engenharia genética, a fim de que sejam protegidos os direitos à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida com recuso às técnicas de PMA, o direito ao patrimônio genético não modificado e o direito à biodiversidade genética, que gozam de *status* constitucional.

O Direito não será um obstáculo ao desenvolvimento de novas tecnologias reprodutivas se os cientistas e médicos estiverem alinhados com as diretivas de direitos fundamentais. Estará nas mãos dos especialistas médicos assegurarem a qualquer custo a reprodução da sociedade?

Inúmeros são os desafios a enfrentar pela revolução desencadeada pela era da tecnologia reprodutiva. Os cientistas enfrentam o desafio de conciliar as técnicas médicas com demandas que suscitam discussões éticas. Os serviços públicos de saúde precisam enfrentar o fato de que as modalidades de PMA, muitas vezes, não possuem justificativa clínica de tratamento ou melhora do quadro de saúde, o que contrasta com as escolhas do gestor público em um cenário de escassez de recursos financeiros. Os legisladores se deparam com a dificuldade de regulamentar e justificar restrições ao uso de tecnologias reprodutivas sem que haja transparência quanto aos riscos envolvidos, em um campo em

⁶⁹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Legislar sobre procriação assistida*, *op. cit.*, pp. 87-88, aduz que há consenso acerca da necessidade de intervenção legislativa, não quanto ao limite de tal intervenção, se total, a regulamentar todas as hipóteses de utilização das técnicas de procriação assistida, ou parcial, com a regulamentação mínima sobre o tema.

que a tentativa e erro se sobrepõe à segurança dos procedimentos. E, por fim, toda a sociedade enfrenta o desafio de garantir a equidade no acesso às técnicas de PMA e de afastar possíveis danos concretos ao patrimônio genético da humanidade.

Dia a dia estamos a formar a próxima geração. Não modificar intencionalmente o código genético de bebês garante que os melhoramentos da espécie ocorram paulatinamente, sem excluir abruptamente características que podem ser vitais para a sobrevivência no futuro.

A grande desafio da atual geração é não submeter as gerações futuras aos efeitos nefastos das tomadas de decisões ou omissões no tocante à utilização indiscriminada de técnicas de procriação medicamente assistida combinadas com métodos de engenharia genética que comprometam a autodeterminação, o patrimônio genético e a diversidade biológica.

As técnicas de PMA já modificaram o curso da história. Que o futuro da tecnologia reprodutiva não escolha a extinção da espécie humana⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Inspirado no programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, PNUD, que lançou em 2021 a campanha *Don't choose extinction*, para convencer os Estados a não investirem em combustíveis fósseis.

4. Bibliografia

ABOIM, SOFIA / WALL, KARIN, Tipos de família em Portugal: Interações, valores, contextos, *Análise Social*, Vol. XXXVII, nº 163, 2002, pp. 475-506.

ADASHI, E. Y. *et al*, Public perception on infertility and its treatment: An international survey, *Human Reproduction*, Vol. 15, nº 2, 2000, pp. 330-334.

AFNAN, M. *et al.*, *Embryo selection using Artificial Intelligence (AI): Epistemic and ethical considerations*, *Human Reproduction*, Vol. 36, 2021, p. 17.

AGUIRRE, MARIA SOPHIA / WOLFGRAM, ANN, United Nations Policy and the Family: Redefining the Ties that Bind: A Study of History, Forces and Trends, *Brigham Young University Journal of Public Law*, Vol.16, nº 2, 2002, pp. 113-178.

AGUIRRE, MARIA SOPHIA / HADLEY, CECILIA A., Hindered growth: The ideology and implications of population assistance, *International Journal of Social Economics*, Vol. 32, nº 9, 2005, pp. 783-813.

ALEXY, ROBERT, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., 4ª tira., 2015.

ALLAN, SONIA *et al*, *International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice 8ª ed.*, *Global Reproductive Health*, 2019, pp.1-138.

ALMEIDA, SUSANA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família*, Coimbra, 2008.

ÁLVAREZ, LUIS EMILIANO CISNEROS, Principais desenhos de estudos epidemiológicos, *in Guia prático de medicina baseada em evidências*, São Paulo, 2014, pp. 22-24.

ALVES, SANDRINA MARIA ARAÚJO LOPES / OLIVEIRA, CLARA COSTA, *Reprodução medicamente assistida: Questões bioéticas*, Revista Bioética, Vol. 22, 2014, pp. 66-75.

AMARAL, MARIA LÚCIA, *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional portuguesa*, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*, Org. Augusto Silva Dias *et. al.*, Coimbra, 2009, pp. 947-964.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Coimbra, 2012.

ARAÚJO, ANA THEREZA MEIRELLES, A proteção à naturalidade do patrimônio genético face à proposta da eugenia liberal: O futuro da natureza humana em Jürgen Habermas, *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Vol. 3, nº 2, 2017, pp. 1-17.

ARAÚJO, FERNANDO, *A procriação assistida: O problema da santidade da vida*, Coimbra, 1999.

ARAÚJO, FERNANDO, Direito da Bioética, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2008, pp. 193-220.

ARCHER, LUIS J., Filosofia da nova genética russa, *Revista portuguesa de filosofia*, T.10, F.1, 1954, pp. 53-75.

ARROW, KENNETH J., *Uncertainty and the welfare economics of medical care*, *The American Economic Review*, Vol. 53, nº5, 1963, pp. 941-973.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, A reserva da intimidade da vida privada e familiar, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, nº 1, 2002, pp. 9-25.

– Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade, in *Estudos de direito da bioética*, Vol. III, Coord. José de Oliveira Ascensão, Coimbra, 2009, pp. 51-75.

ASHER, JUDITH, *The right to health: A resource manual for NGOs*, Boston, 2010.

AUGUSTO, AMÉLIA, Reprodução medicamente assistida: Da definição dos riscos médico à construção do risco social, in *Mundos sociais: Saberes e práticas*, 2008, pp. 311-323.

– A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: Agentes, contexto e processos, in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas*, Porto, 2009, pp. 45-57.

AZAMBUJA, DARCY, *Teoria Geral do Estado*, 4ª Ed., Porto Alegre, 1963.

AZEVEDO, LUÍS ELOY, O direito da procriação entre a ordem e o caos, *Revista do Ministério Público*, Ano 23, nº 20, Lisboa, 2002, pp. 91-112.

BAART, ESTHER B. *et. al.*, Milder ovarian stimulation for in-vitro fertilization reduces aneuploidy in the human preimplantation embryo: A randomized controlled trial, *Human Reproduction*, Vol. 22, nº. 4, 2007, pp. 980–988.

BADILLA, KEVIN JOHAN VILLALOBOS, *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*, Costa Rica, 2012.

BAHADUR, G. *et al.*, *Stakeholder and patients' perspectives for success, risks and cost implications on 319,105 IVF/ICSI and 30669 IUI cycles suggest IUI provides favourable first line treatment option*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, pp. 7-8.

BAILLIE, HAROLD W. / CASEY, TIMOTHY K., *Is human nature obsolete? Genetic engineering and the future of the human condition*, 2004.

BAIRD, D. T. *et. al.*, Economic aspects of infertility care: a challenge for researchers and clinicians, *Human Reproduction*, Vol. 30, nº 10, 2015, pp. 2243-2248.

BARBAS, STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES, *Direito ao patrimônio genético*, Coimbra, 2006.

BARBIERI, ROBERT L., *The initial fertility consultation: Recommendations concerning cigarette smoking, body mass index, and alcohol and caffeine consumption*, American Journal of Obstetrics and Gynecology, Volume 185, nº 5, 2001, pp.1168-1173.

BARKER, DAVID J., *The fetal and infant origins of adult disease*, British Medical Journal, V. 301, nº 6761, 1990, p. 1111.

BARRANGOU, RODOLPHE *et al.*, *CRISPR provides acquired resistance against viruses in prokaryotes*, Science, Vol. 315, nº 5819, 2007, pp.1709-1712.

BARROS, ALBERTO, Procriação medicamente assistida, in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro *et. al.*, Vol. IV, Coimbra, 2016, pp. 107-128.

– Procriação Medicamente Assistida: Novos direitos, novos desafios, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, pp. 7-8.

BARROSO, LUIS ROBERTO, *Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Trad. Humberto Laport de Mello, 4ª reimpressão, Belo Horizonte, 2016.

BECCHI, PAOLO, O princípio da dignidade humana, Trad. Guilherme Genro, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Vol. 7, Belo Horizonte, 2008, pp. 191-222,

BEN-AMI, IDO *et al*, *Indications for in vitro fertilization treatment: From diagnosis to prognosis*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, pp. 80-94.

BENDA, ERNST, *The protection of human dignity(Article 1 of the Basic Law)*, in *SMU Law review*, Vol. 53, 2000, pp. 443-454.

BERGH, C., *ART children-long term reassurance?*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 42.

BIGELOW, CATHERINE / COPPERMAN, ALAN B., *Oocyte Cryopreservation for the Elective Preservation of Reproductive Potential*, in *Current Frontiers in Cryobiology*, InTech, 2012, pp. 185-208.

BLAKE, VALARIE K., *Ovaries, Testicles, and Uteruses, Oh My! Regulating Reproductive Tissue Transplants*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19, nº 2, 2013, pp. 353-393.

BOIVIN, JACKY / KENTENICH, HERIBERT, *Guidelines for counselling in infertility*, ESHRE Special Interest Group on Psychology and Counselling, 2002.

BOYLE, B. et. al., *Trends in the prevalence, risk and pregnancy outcome of multiple births with congenital anomaly: A registry-based study in 14 European countries 1984–2007*, *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 120, nº 6, 2013, pp. 707-716.

BRIGHAM, K. BERG et. al., *The diversity of regulation and public financing of IVF in Europe and its impact on utilization*, *Human Reproduction*, Vol. 28, nº 3, 2012, pp. 666-675.

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Org. Maria João Antunes, Coimbra, 2014, pp. 1097-1124.

BUCHANAN, ALLEN et al, *From chance to choice: Genetics and justice*, Cambridge, 2001.

CALHAZ, JORGE C. et. al., *Assisted reproductive technology in Europe, 2013: Results generated from European registers by ESHRE*, *Human Reproduction*, Vol. 32, nº 10, 2017, pp. 1957-1973.

CAMPOS, DIOGO AYRES DE et. al., *Lowered national cesarean section rates after a concerted action*, *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, Vol. 94, nº 4, 2015, pp. 391-398.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *As relações de associação: O direito sem direitos*, Coimbra, 2011.

CAMPOS, DIOGO DE LEITE / CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE, *Lições de Direito da Família*, 4ª ed., Coimbra, 2018.

CAMPOS, FRANCISCO EDUARDO / ALBUQUERQUE, EDUARDO DA MOTTA E, As especificidades contemporâneas do trabalho no setor saúde: Notas introdutórias para uma discussão, *Revista de Economia Contemporânea*, Vol. 3, nº 2, 1998, pp. 97-123.

CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, 2002.

CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra, 2007.

CAPLAN, ARTHUR L. *et al.*, *What is immoral about eugenics?*, *BMJ*, Vol. 319, nº 7220, 1999, pp. 1284-1286.

CAPPS, BENJAMIN *et al.*, *Imagined futures: Capturing the benefits of genome sequencing for society*, *Human Genome Organization*, 2013.

CARPINELLO, OLIVIA J. *e et al.*, *Utilization of fertility treatment and reproductive choices by lesbian couples*, *Fertility and Sterility*, Vol. 106, nº 7, 2016, pp.1709-1713.

CASABONA, CARLOS MARÍA ROMEO, *Las prácticas eugenésicas: Nuevas perspectivas*, in *Romeo Casabona CM*, Bilbao, 1999.

CASONATO, CARLO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in *La procreazione medicalmente assistita: Ombre e luci*, Trento, 2005, pp. 13-40.

CHAMBERS, GEORGINA M. *et al.*, *The economic impact of assisted reproductive technology: a review of selected developed countries*, *Fertility and Sterility*, Vol. 91, nº 6, 2009, pp. 2281-2294.

CLAPPER, JAMES R. , *Worldwide threat assessment of the US intelligence community*, *Office of the director of national intelligence*, Washington DC, 2016.

CLUA, ELISABET *et al.*, *Elective single-embryo transfer in oocyte donation programmes: Should it be the rule?*, *Reproductive biomedicine online*, Vol. 25, nº 6, 2012, pp. 642-648.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA / OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5º Ed., Coimbra, 2016.

COLLINS, JOHN A., *Reproductive technology-The price of progress*, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 331, nº 4, 1994, pp. 270-271.

CONNOLLY, MARK P. *et. al.*, *The impact of introducing patient co-payments in Germany on the use of IVF and ICSI: A price-elasticity of demand assessment*, *Human Reproduction*, Vol. 24, nº.11, 2009, pp. 2796–2800.

– *Economics of assisted reproduction: Access to fertility treatments and valuing live births in economic terms*, *Human Fertility*, Vol. 13, nº 1, 2010, pp 13-18.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA / PEREIRA, JOSÉ SILVA, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª ed., Lisboa, 2011.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA / PEREIRA, JOSÉ SILVA, *Direito de contrair casamento e de constituir família*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Coimbra, 2013, pp. 129-137.

CRADICK, THOMAS J. e *et al.*, *CRISPR/Cas9 systems targeting β -globin and CCR5 genes have substantial off-target activity*, *Nucleic acids research*, Vol. 41, n° 20. 2013, pp. 9584-9592.

CRAFT, IAN *et. al.*, *Fertilising ability of testicular spermatozoa*, *The Lancet*, V. 342, n° 8875, 1993, p. 864.

CRAM, IAN, *Protocol 15 and articles 10 and 11 ECHR: The partial triumph of political incumbency post-Brighton?*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, n° 3, 2018, pp. 477-503.

DAVIES, B., *Gene editing: past, present and future*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 1.

DAVIES, M *et al.*, *Treatment Factors and the Risk of Specific Congenital Heart Defects*, *Human Reproduction*, Vol. 34., 2019, p. 27.

DAVIES, MICHAEL J. *et. al.*, *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 366, n° 19, 2012, pp. 1803-1813.

DAVIS, DENA S., *Genetic dilemmas and the child's right to an open future*, *Hastings Center Report*, Vol. 27, n° 2, 1997, pp.7-15.

DE WERT, GUIDO *et al.*, *ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people*, *Human Reproduction*, Vol. 29, n° 9, 2014, pp. 1859-1865.

DEECH, RUTH / SMAJDOR, ANNA, *From IVF to immortality: Controversy in the era of reproductive technology*, Oxford University, 2007.

DEGRAZIA, DAVID / MILLUM, JOSEPH, *A theory of bioethics*, Cambridge, 2021.

DELCUVE, GENEVIÈVE P. *et. al.*, *Epigenetic control*, *Journal of cellular physiology*, Vol. 219, n° 2, 2009, pp. 243-250.

DENG, JIAN MIN e *et. al.*, *Generation of Viable Male and Female Mice from Two Fathers*, *Biology of Reproduction*, Vol. 84, 2011, pp. 613-61.

DEODATO, SÉRGIO, *Direito da Saúde*, 2ª Ed., rev. e aum., Coimbra, 2018.

DEVROEY, PAUL / VAN STEIRTEGHEM, ANDRÈ, *A review of ten years experience of ICSI*, *Human Reproduction Update*, Vol. 10, nº 1, 2004, pp. 19-28.

DINIZ, DEBORA / COSTA, ROSELY GOMES, *Infertilidade e infecundidade: Acesso às novas tecnologias conceptivas*, in *Feminismo e novas tecnologias reprodutivas*, 2006, pp. 49-66.

DIVER, ALICE, *A law of blood-ties: The 'right' to access genetic ancestry*, Londonderry, 2014.

DONDERS, YVONNE, *The right to enjoy the benefits of scientific progress: In search of state obligations in relation to health, Medicine, Health Care and Philosophy*, Vol. 14, nº 4, 2011, pp. 371-381.

DOUDNA, JENNIFER A., *Perspective: Embryo editing needs scrutiny*, *Nature*, Vol. 528, nº 7580, 2015, p. 6.

DOUDNA, JENNIFER A. / SAMUEL H. STERNBERG, *A crack in creation: Gene editing and the unthinkable power to control evolution*, Boston, 2017.

DREIER, HORST, *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Vol. I, 1996.

DUCKITT, KIRSTEN / HARRINGTON, DEBORAH, *Risk factors for pre-eclampsia at antenatal booking: systematic review of controlled studies*, *British Medical Journal*, Vol. 330, nº 7491, 2005, pp. 565-571.

DUKHOVNY, STEPHANIE / NORTON, MARY E., *What are the goals of prenatal genetic testing?*, *Seminars in perinatology*, Vol. 42, nº 5, 2018, pp. 270-274.

DÜRIG, GÜNTER / MAUNZ, THEODOR, *Kommentar zum Grundgesetz*, Vol. I. München, 2003.

DÜRIG, GÜNTER, *Escritos reunidos 1952-1983*, Trad. Antônio Francisco de Souza, São Paulo, 2016.

EL DIB, REGINA, Medicina baseada em evidências, in *Guia prático de medicina baseada em evidências*, São Paulo, 2014, pp. 9-11.

EHRICH, KATHRYN *et al.*, *Choosing embryos: ethical complexity and relational autonomy in staff accounts of PGD*, *Sociology of Health & Illness*, Vol. 29, nº 7, 2007, pp. 1091-1106.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO / MACIEIRINHA, TIAGO, *Direito da Saúde*, Lisboa, 2014.

EVRON, SHMUEL / EZRI, TIBERIU, *Anesthesia and in vitro fertilization*, *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2012, pp. 320-325.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE / ROSENVALD, NELSON, *Curso de Direito Civil: Famílias*, 8ª ed, Salvador, 2016.

FATHALLA, MAHMOUD FAHMY, *Incessant ovulation: A factor in ovarian neoplasia?*, *The Lancet*, 1971, p. 163.

– *Current challenges in assisted reproduction*, in *Current practices and controversies in assisted reproduction report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO headquarters*, Coord. Effy Vayena *et. al.*, Genebra, 2002, pp. 3-12.

FELDHAUS, CHARLES, Habermas, eugenia liberal e o direito à liberdade reprodutiva, *Revista Fragmentos de Cultura-Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas*, Vol.18, nº 4, 2008, pp. 543-553.

FÉLIX, ANTÓNIO BAGÃO, Reflexões sobre a família no limiar do século XXI, in *Traços da família portuguesa*, Lisboa, 1994, pp. 13-25.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Colección estructuras y procesos, Madrid, 1995.

FRAGA, IVANA DE OLIVEIRA / AGUIAR, MÓNICA NEVES, Neoeugenia: O limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana, *Revista Bioética*, Vol. 8, nº 1, 2010, pp. 121-130.

FRANCISCO, LUCIANA SEMIÃO *et al*, *Assisted reproductive technology outcomes in azoospermic men: 10 years of experience with surgical sperm retrieval*, *The Aging Male*, Vol. 13, nº 1, 2010, pp. 44-50.

FREEDMAN, LYNN P. / ISAACS, STEPHEN L., *Human Rights and Reproductive Choice*, *Studies in Family Planning*, Vol. 24, nº 1, 1993, pp. 18-30.

FREEMAN, CHRIS, *The 'National System of Innovation' in historical perspective*, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 19, nº 1, 1995, pp. 5-24.

FREJKA, TOMAS, *Overview Chapter 3 Birth regulation in Europe: Completing the contraceptive revolution*, *Demographic Research*, Vol. 19, 2008, pp. 73-84.

FRENK, JULIO / GÓMEZ-DANTÉS, OCTÁVIO, *Population health and Human Rights*, *The new england journal of medicine*, Vol. 385, 2021, pp. 856-868.

FU, Y. *et al.*, *Risk of higher blood pressure in 3 to 6-year-old singleton born with Ovarian Hyperstimulation Syndrome*, *Human Reproduction* Vol. 34, 2019, p. 19.

GALTON, FRANCIS, *Inquiries into human faculty and its development*, New York, 1883.

GARRIDO-GOMEZ, TAMARA *et al.*, *Severe preeclampsia is associated with alterations in cytotrophoblasts of the smooth chorion*, *Development*, Vol. 144, 2017, pp. 767-777.

GELIJNS, ANNETINE C. / THEIR, SAMUEL O., *Medical innovation and institutional interdependence: Rethinking university-industry connections*, *Jama*, Vol. 287, nº 1, 2002, pp. 72-77.

GEORGIU, IOANNIS *et al.*, *Genetic and epigenetic risks of intracytoplasmic sperm injection method*, *Asian journal of andrology*, Vol. 8, nº 6, 2006, pp. 643-673.

GIANAROLI, LUCA *et al.*, *Current regulatory arrangements for assisted conception treatment in European countries*, *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, Vol. 207, 2016, pp. 211-213.

GILLHAM, NICHOLAS W., *Sir Francis Galton and the birth of eugenics*, *Annual review of genetics*, Vol. 35, nº 1, 2001, pp. 83-101.

GIWA-OSAGIE, OSATO F., *ART in developing countries with particular reference to sub-Saharan Africa*, in *Current practices and controversies in assisted reproduction report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO headquarters*, Coord. Effy Vayena *et. al.*, Geneva, 2002, pp. 22-27.

GLUD, EVA *et. al.*, *Fertility Drugs and Ovarian Cancer*, *Epidemiologic Reviews*, Vol. 20, nº 2, 1998, pp. 237-257 .

GØTZSCHE, PETER, *Medicamentos mortais e crime organizado: Como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica*, Porto Alegre, 2016.

GREIL, ARTHUR L. / MCQUILLAN, JULIA, *"Trying" times: Medicalization, intent, and ambiguity in the definition of infertility*, *Medical Anthropology Quarterly*, New Series, Vol. 24, nº 2, 2010, pp. 137-156.

GUIMARÃES, ANA PAULA, *Procriação medicamente assistida e homossexualidade na lei e na imprensa portuguesa*, in *Voces alternativas: Investigación multidisciplinar en comunicación y cultura*, Sevilha, 2017, pp. 143-157.

GURUNATH, SUMANA *et al.*, *Defining infertility: A systematic review of prevalence studies*, *Human Reproduction Update*, Vol. 17, n° 5, 2011, pp. 575-588.

GUYATT, GORDON *et al.*, *Evidence-based medicine: A new approach to teaching the practice of medicine*, *Jama*, Vol. 268, n°17, 1992, pp. 2420-2425.

GUZMAN, ANDREW T. / MEYER, TIMOTHY L., *International Soft Law*, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, n° 1, 2010, pp. 171-225.

HABBEMA, J. DIK F. *et al.*, *Towards less confusing terminology in reproductive medicine: A proposal*, *Human Reproduction*, Vol. 19, n° 7, 2004, pp. 1497-1501.

HABERMAS, JÜRGEN, *The future of human nature*, 1ª ed., Cambridge, 2003.

HASSOLD, TERRY *et al.*, *Human aneuploidy: Incidence, origin, and etiology*, *Environmental and molecular mutagenesis*, Vol. 28, n° 3, 1996, pp. 167-175.

HARLOW, BERNARD L. / SIGNORELLO, LISA B., *Factors associated with early menopause*, *Maturitas*, Vol. 35, n° 1, 2000, pp. 3-9.

HARRIS, JOHN, *Is gene therapy a form of eugenics?*, *Bioethics*, Vol.7, n°s 2-3, 1993, pp. 178-187.

HAUGEN, HANS MORTEN, *Human Rights and technology: A conflictual relationship? Assessing private research and the right to adequate food*, *Journal of Human Rights*, Vol. 7, n° 3, 2008, pp. 224-244.

HIGGINS, JULIAN / THOMAS, JAMES, *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions*, versão 6, 2019.

HUTSON, STU, *Troubling times for embryo gene tests*, *New scientist*, Vol. 189, n° 2543, 2006, pp. 14-15.

HUXLEY, ALDOUS, *Admirável mundo novo*, 1º ed., Londres, 1932.

IKEMOTO, Y. *et al.*, *Prevalence and risk factors of zygotic splitting after 937.848 single embryo transfer cycles*, *Human Reproduction*, Vol. 33, nº 11, 2018, pp. 1984-1991.

INSOGNA, IRIS G. *et al.*, *Association of fresh embryo transfers compared with cryopreserved-thawed embryo transfers with live birth rate among women undergoing assisted reproduction using freshly retrieved donor oocytes*, *Jama*, Vol. 325, nº 2, 2021, pp. 156-163.

ISAACSON, WALTER, *The code breaker: Jennifer Doudna, gene editing and the future of human race*, New York, 2021.

IVONE, VITULIA, *Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais*, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto / Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, pp. 190-205.

JAHROMI, BAHIA NAMAVAR *et al.*, *Ovarian Hyperstimulation Syndrome: A Narrative Review of Its Pathophysiology, Risk Factors, Prevention, Classification, and Management*, *Iranian Journal of Medical Sciences*, Vol. 43, nº 3, 2018, pp. 248-260.

JOHNSON, CANDACE, *The Political "Nature" of Pregnancy and Childbirth*, *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 41, nº 4, 2008, pp. 889-913.

JOHNSON, KATHERINE M. / SIMON, RICHARD M., *Women's attitudes toward biomedical technology for infertility: The case for technological salience*, *Gender and Society*, Vol. 26, nº 2, 2012, pp. 261-289.

JONAS, HANS, *The imperative of responsibility: In search of an ethics for the technological age*, Chicago, 1985.

– *Técnica, medicina e ética: Sobre a prática do princípio responsabilidade*, São Paulo, 2014 (tradução da versão inglesa de 1994).

JONES, R. E. / LOPEZ, K. H., *Human Reproductive Biology*, Londres, 4ª ed., 2014.

KAWAHARA, MANABU *et al.*, *High-frequency generation of viable mice from engineered bi-maternal embryos*, *Nature Biotechnology*, Vol. 25, n° 9, 2007, pp. 1045-1050.

KEATING, DEREK *et al.*, *ICSI from the beginning to where we are today: Are we abusing ICSI?*, *Global Reproductive Health*, Vol. 4, n° 3, 2019, pp. 1-2.

KLEIN, DAVID A. *et al.*, *Providing quality family planning services to LGBTQIA individuals: A systematic review*, *Contraception*, Vol. 97, n° 5, 2018, pp. 378-391.

KNOPPERS, BARTHA MARIA, *Human dignity and genetic heritage*, *Law Reform Commission of Canada*, 1991.

KOSSOUDJI, SHERRIE A., *Economics of assisted reproduction*, in *Economics Uncut: A Complete Guide to Life, Death and Misadventure*, 2005, pp. 291-325.

KOVACS, GAB, *Oocyte collection*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, pp. 604-611.

KUMAR, PRATAP *et al.*, *Ovarian hyperstimulation syndrome*, *Journal of Human Reproductive Sciences*, Vol. 4, n° 2, 2011, pp. 70-75.

LAND, J.A. / EVERS, J.L.H., *Risks and complications in assisted reproduction techniques: report of an ESHRE consensus meeting*, *Human Reproduction*, Vol. 18, n° 2, 2003, pp. 455-457.

LEAVITT, JUDITH WALZER, *The Growth of Medical Authority: Technology and morals in turn-of-the-century obstetrics*, *Medical Anthropology Quarterly*, Vol. 1, n° 3, 1987, pp. 230-255.

LEDFORD, HEIDI, *CRISPR, the disruptor*, *Nature News*, Vol. 522, 2015, pp. 20-24.

LIANG, PUPING *et al.*, *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes*, *Protein & cell*, Vol. 6, n° 5, 2015, pp. 363-372.

LILFORD, RICHARD, *The health economics of infertility treatment*, *Global Reproductive Health*, Vol. 3, nº 4, 2018, pp. 23-24.

LIPTON, BRUCE H., *A biologia da crença*, São Paulo, 2007.

LOUIS, LOUAY S. *et. al.*, *The relationship between infertility treatment and cancer including gynaecological cancers*, *The Obstetrician & Gynaecologist*, Vol. 15, nº 3, 2013, pp. 177-183.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, Direito à (protecção da) saúde, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Lisboa, 2006, pp. 657-692.

– Filho (s) de um gameta menor? Procriação Medicamente Assistida heteróloga, *Lex Medicinæ*, Ano 3, nº 6, Coimbra, 2006, pp. 5-48.

MACHADO, HELENA, O futuro incerto e as turbulências da vigilância genética na Europa, in *Crime e tecnologia: Desafios culturais e políticos para a Europa*, 2021, pp. 23-39.

MAHESHWARI, ABHA *et. al.*, *Global variations in the uptake of single embryo transfer*, *Human reproduction update*, Vol. 1, nº 1, 2011, pp. 107-120.

MALFATTI, ELENA, La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: Quando i “giochi di parole” divengono decisivi, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 3, 2012, pp. 01-05.

MALTHUS, THOMAS ROBERT, *An Essay on the Principle of Population*, Londres, 1798.

MANSO, ANTÓNIO / CORREIA, LUÍS, Preservação da diversidade genética no *Multiset Genetic Algorithm*, *Congresso de Métodos Numéricos em Engenharia*, Coimbra, 2011.

MANSO, LUÍS DUARTE BAPTISTA, Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico pré-implantação – as acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil, in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro *et. al.*, Vol. IV, Coimbra, 2016, pp. 129-142.

MANSOUR, RAGAA, *Embryo transfer technique*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, pp. 720-731.

MASSIE, ANN MACLEAN, *Regulating choice: A constitutional law response to Professor John A. Robertson's children of choice*, *Wash. & Lee L. Rev.*, Vol. 52, 1995, pp.135-171.

MATTAR, LAURA DAVIS, Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: Uma análise comparativa dos direitos reprodutivos, *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 5, nº 8, 2008, pp. 60-83.

MCCOY, MATTHEW S. / EMANUEL, EZEKIEL J., *Why there are no “potential” conflicts of interest*, *Jama*, Vol. 317, nº 17, 2017, pp.1721-1722.

MEHLMAN, MAXWELL J., *How will we regulate genetic enhancement*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 34, 1999, pp. 671-714.

MEIRELLES, JUSSARA MARIA LEAL DE / MYSZCZUK, ANA PAULA, *Biotecnologia, genoma humano e património comum da humanidade: Um olhar a partir da proteção da biodiversidade brasileira*, in *Direito e medicina: Interseções científicas*, Vol I, Belo Horizonte, 2021, pp. 357-369.

MELO, HELENA PEREIRA DE, *Manual de Biodireito*, Coimbra, 2008.

– A selecção de dadores de gâmetas e o eugenismo, *Nascer e Crescer*, Vol. 18, nº 2, 2009, pp. 103-10.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, Anotações diversas: Art. 36º, nº 1 (Família e casamento), in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Coord. André Gonçalves Pereira *et. al.*, Lisboa, 1977, pp. 371-374.

MILINGOS, D.S. / BHATTACHARYA, S., *Single embryo transfer, Obstetrics, gynaecology and reproductive medicine*, Vol. 19, nº 8, 2009, pp. 229-231.

MIRANDA, JOÃO, A valorização de bens do domínio público à luz do regime jurídico do património imobiliário público, e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 5, nº 1, 2018, pp. 60-74.

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição portuguesa anotada*, Vol. I, 2ª ed. rev. e amp., Coimbra, 2010.

MIRANDA, JORGE, *Os novos paradigmas do Estado social*, conferência proferida em 28/09/2011, Belo Horizonte, XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2011.

– *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 4ª ed., Coimbra, 2013.

– *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2017.

MOJICA, FRANCISCO / RODRIGUEZ-VALERA, FRANCISCO, *The discovery of CRISPR in archaea and bacteria*, *The FEBS journal*, Vol. 283, nº 17, 2016, pp. 3162-3169.

MOL, BEN W. *et al.*, *Cost-effectiveness of in vitro fertilization and embryo transfer*, *Fertility and Sterility*, Vol. 73, nº 4, 2000, pp. 748-754.

MOL, BEN W., *Is the process to retract fabricated randomised clinical trials in reproductive medicine working sufficiently?*, *Human Reproduction*, Vol. 36, 2021, p. 16.

MONGE, CLÁUDIA SOFIA OLIVEIRA DIAS, *O direito à proteção da saúde e o conteúdo da prestação de cuidados médicos*, Lisboa, 2014.

MOREIRA, VITAL, 50 Anos da Lei Fundamental Alemã, *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, Brasília, Vol. 1, nº 2, 1999, sem paginação no original.

MORI, MAURIZIO, Fecundação assistida e liberdade de procriação, *Revista Bioética*, Vol. 9, nº 2, 2009, pp. 57-70.

MOTA, HELENA, A gestação de substituição no direito internacional privado português, in *Debatendo a procriação medicamente assistida*, Coord. Luísa Neto / Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, pp. 63-81.

MULHALL, J. P. *et al.*, *Azoospermic men with deletion of the DAZ gene cluster are capable of completing spermatogenesis: fertilization, normal embryonic development and pregnancy occur when retrieved testicular spermatozoa are used for intracytoplasmic sperm injection*, *Human Reproduction*, Vol. 12, nº 3, 1997, pp. 503-508.

MÜLLER, AMREI, *Remarks on the Venice Statement on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications (Article 15(1)(b)ICESCR)*, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, nº 4, 2010, pp. 765-784.

NARDOCCI, COSTANZA, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza*, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013, pp. 1-14.

NEUMANN, PETER *et al.*, *The cost of a successful delivery with in vitro fertilization*, *New England Journal of Medicine*, Vol. 331, nº 4, 1994, pp. 239-243.

NIEDERBERGER, CRAIG *et al.*, *Forty years of IVF*, *Fertility and Sterility*, Vol. 110, nº 2, 2018, pp. 185-324.

NORMAN, ROBERT J. *et al.*, *Lifestyle, periconception, and fertility*, in *Textbook of Assisted Reproductive Techniques*, 2017, p. 434-443.

NOVAIS, JORGE REIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003.

– *Constituição e Serviço Nacional de Saúde*, Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Vol. 4, nº 11, 2010, pp. 85-109.

– *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010.

– *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Coimbra, 2015.

– *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e inconstitucionalidade*, Vol. II, Reimp., Coimbra, 2017.

NUDELL, DAVID M. / LIPSHULTZ, LARRY I., *Is intracytoplasmic sperm injection safe? Current status and future concerns*, *Current Urology Reports*, Vol. 2, nº 6, 2001, pp. 423-431.

OLIVEIRA, ALINE ALBUQUERQUE S. DE, *Direito à saúde: Conteúdo, essencialidade e monitoramento*, Revista CEJ, Brasília, ano XIV, nº 48, 2010, pp. 92-100.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, Aspectos jurídicos da procriação assistida, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. atualizada, 2005, pp. 05-30 .

– Beneficiários da procriação assistida, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. aumentada, 2005, pp.31-58.

– Legislar sobre procriação assistida, in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 2ª ed. aumentada, 2005, pp. 87-104.

– Restrições de acesso à parentalidade, *Lex Familiae: Revista portuguesa de Direito de família*, nº 20, Coimbra, 2013, pp. 5-26.

– Critério jurídicos de parentalidade, in *Textos de Direito da Família*, Coimbra, 2016, pp. 271-306.

OSSORIO, PILAR N., *The human genome as common heritage: common sense or legal nonsense?*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 35, nº 3, 2007, pp. 425-439.

OTERO, PAULO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Lisboa, 1999.

PAGE, DAVID C. *et. al.*, *Men with infertility caused by AZFc deletion can produce sons by intracytoplasmic sperm injection, but are likely to transmit the deletion and infertility*, *Human Reproduction*, Vol. 14, nº 7, 1999, pp. 1722-1726.

PARKER, RICHARD e *et. al.*, *Sexuality, health and human rights*, Abingdon, Oxon, 2008.

PATIL, MADHURI / SHAH, DURU, *Maximum number of embryos to be transferred in assisted reproductive technologies cycle: Ethics opinion*, *Journal of Human Reproductive Sciences*, Vol. 11, nº 2, 2018, pp. 93-95.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida*, in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Coord. Luísa Neto / Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, pp. 149-167.

PEDROSO, JOÃO / BRANCO, PATRÍCIA, *Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 82, Coimbra, 2008, pp. 53-83.

PENNINGS, GUIDO, *Commercialisation of egg freezing: a debate*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, pp. 22-23.

PEREIRA, ISABEL DE BARROS *et al.*, *Selective termination and Fetal reduction: The experience of Hospital de santa Maria / Feticídio selectivo e redução Embrionária: a*

Experiência do Hospital de Santa Maria, *Acta Obstet Ginecol*, Vol 6, nº 3, 2012, pp. 101-106.

PEREIRA, MARIA MARGARIDA SILVA, *Direito da Família*, 2ª ed., rev. e atuali., Lisboa, 2018.

PETCHESKY, ROSALIND POLLACK, *Abortion and Woman's Choice: The State, sexuality, and reproductive freedom*, Ed. rev., Boston, 1990.

– *From population control to reproductive rights: Feminist fault lines*, *Reproductive Health Matters*, Vol. 3, nº 6, 1995, pp. 152-161.

PETERSON, BRENNAN / PLACE, JEAN MARIE S., *The experience of infertility: An unexpected barrier in the transition to parenthood*, in *Pathways and barriers to parenthood: Existential concerns regarding fertility, pregnancy and early parenthood*, 2019, pp.19-37.

PINBORG, ANJA *et. al.*, *Prospective longitudinal cohort study on cumulative 5-year delivery and adoption rates among 1338 couples initiating infertility treatment*, *Human Reproduction*, Vol. 24, nº 4, 2009, pp. 991-999.

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, 2004.

– *O Direito da Família contemporâneo*, 6ª ed., Lisboa, 2018.

– *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, 1ª ed., Coimbra, 2021.

PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *Actualidades sobre Biologia Forense*, *Revista do Ministério Público*, nº 76, Lisboa, 1998, pp. 89-96.

PINTO, PAULO MOTA, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 149-246.

– Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº 7, Coimbra, 2007, pp. 5-25.

PIZZAROSSA, LUCÍA BERRO / PEREHUDOFF, KATRINA S., *Mapping Constitutional Commitments on Sexual and Reproductive Health and Rights: A Global Survey*, in *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, 2017, pp. 321-346.

POEL, SHERYL ZIEMIN VAN DER, *The HRP Special Programme and Infertility*, in *Gynecologic and Obstetric Investigation*, nº 74, 2012, pp. 218-227.

PORTELA, ANNA / ESTELLER, MANEL, *Epigenetic modifications and human disease*, *Nature biotechnology*, Vol. 28, nº 10, 2010, pp.1057-1068.

PRIMC, NADIA, *Do we have a right to an unmanipulated genome? The human genome as the common heritage of mankind*, *Bioethics*, Vol. 34, nº 1, 2020, pp. 41-48.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião”. Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação, *Lex Medicinæ*, Vol. 8, nº 4, 2007, pp. 59-84.

– *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, 2014.

– “Querido, congelei os óvulos” (Sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos), in *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coord. João Loureiro *et. al.*, Vol. IV, Coimbra, 2016, pp. 207-230.

– “Dá-me licença que tenha filhos?": Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida, *Revista Direito GV*, Vol. 15, nº 2, 2019, pp. 2-27.

RAPOSO, VERA LÚCIA / LIMA, SARAH DAYANNA LACERDA MARTINS, Patrimônio genético: O direito e os direitos, in *A interface dos direitos humanos com o direito internacional*, Belo Horizonte, 2015, pp. 337-366.

RATZINGER, JOSEPH CARD / BOVONE, ALBERTO, *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation*, *The Linacre Quarterly*, Vol. 54, nº 2, 1987, pp. 24-49.

RAUCH, ANITA, *The genetic landscape of intellectual disability*, *Portuguese Society of Human Genetics, Medicine*, Vol. 98, nº 26, 2019, p. 1.

RAWLS, JOHN, *Uma teoria da justiça*, Cambridge, 1971.

REGALADO, ANTÔNIO, *The search for the kryptonite that can stop crispr*, *MIT Technology Review*, 2019.

REYNOLDS, MEREDITH A. *et al*, *Does insurance coverage decrease the risk for multiple births associated with assisted reproductive technology?* *Fertility and Sterility*, Vol. 80, nº 1, 2003, p. 16-23.

ROBERTSON, JOHN A., *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, New Jersey, 1996 (primeira versão de 1943).

RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ, Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade, in *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 163, 2004, pp. 113-130.

ROSENBERG, NATHAN / NELSON, RICHARD R., *American universities and technical advance in industry*, *Research Policy*, Vol. 23, nº 3, 1994, pp. 323-348.

RÖSSLER, BEATE, *Problems with autonomy*, in *Hypatia*, Vol. XVII, nº 4, 2002, pp. 143-162 .

RYAN, MAURA A., *Ethics and economics of assisted reproduction: The cost of longing*, Georgetown, 2003.

SALGADO, MANUEL, O decreto-regulamentar sobre evicção de doentes dos estabelecimentos de educação, por virtude das doenças infectocontagiosas: É imperioso a sua derrogação, *Saúde infantil*, Vol. 36, nº 2, 2014, pp. 109-112.

SANDEL, MICHAEL J., *The Case against perfection: Ethics in the age of genetic engineering*, 1ª ed., Cambridge, 2007.

SÁNDOR, JUDIT, A retórica legal em torno da reprodução, in *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: Contributos para uma reflexão*, Coord. Susana Silva / Luísa Veloso, Porto, 2009, pp. 21-43.

SANFILIPPO, PAOLA, Lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita, *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 3-4, 2014, pp- 376-394.

SANTOS, HELOÍSA G. / PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Genética para todos: De Mendel à Revolução Genómica do Século XXI*, 1ª ed., 2019.

SANTOS, MARIA DE FÁTIMA OLIVEIRA DOS, *Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: Questões éticas e legais*, Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Vol. 10, 2010, pp. 289-296.

SARINHO, FELIPE, Direito de procriar e procriação medicamente assistida no contexto da bioconstituição, in *Jurisdição Constitucional e Liberdades Públicas*, Belo Horizonte, 2017, pp. 281-298.

SATZ, DEBRA, *Remaking families: A review essay*, *Signs*, Vol. 32, nº 2, 2007, pp. 523-538.

SEBGHATI, MERCEDE / KHALIL, ASMA, *Reduction of multiple pregnancy: Counselling and techniques*, *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 70, 2021, pp. 112-122.

SERRÃO, DANIEL, Estatuto do embrião, *Revista Bioética*, Vol. 11, nº 2, 2009, pp. 109-116.

SHA, TINGTING *et al*, *Pregnancy-related complications and perinatal outcomes resulting from transfer of cryopreserved versus fresh embryos in vitro fertilization: a meta-analysis*, *Fertil Steril*, Vol. 109, nº 2, 2018, pp.330–342.

SHENFIELD, FRANÇOISE *et al.*, *Cross border reproductive care in six European countries*, *Human Reproduction*, Vol. 25, nº 6, 2010, pp.1261-1368.

SHREEVES, ROSAMUND, *The rights of LGBTI people in the European Union*, European Parliamentary Research Service, 2020.

SIBAI, BAHA e *et. al.*, *Pre-eclampsia*, *The Lancet*, Vol. 365, nº 9461, 2005, pp. 785-799.

SILVA, JORGE PEREIRA DA, Ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras, *in Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.*, 2010, pp. 459-501 .

SILVA, MANUEL ANTÔNIO DIAS DA, Problemas jurídicos da procriação artificial, Dissertação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1994.

SILVA, SUSANA / MACHADO, HELENA, *The diagnosis of infertility: Patients' classification processes and feelings*, *Medical Sociology online*, Vol. 3, nº 1, 2008, pp. 04-14.

– A governação dos pacientes adequados no acesso à procriação medicamente assistida em Portugal, *Sociologia, Problemas e Práticas*, Vol. 62, 2010, pp. 81-96.

SILVESTRE, MARGARIDA, *Embriões excedentários: Entre a técnica, a lei e a ética*, Coimbra, 2015.

SIRVENT, JOSÉ CHOFRE, *Reproducción asistida y Constitución [Española] (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)*, *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 8, nº 1, 2008, pp. 145-174.

SMITZ, J. *et. al*, *Incidence of severe ovarian hyperstimulation syndrome after GnRH agonist/HMG superovulation for in-vitro fertilization*, *Human Reproduction*, Vol. 5, nº 8, 1990, pp. 933-937.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *A Constituição e os direitos de personalidade*, in *Estudos sobre a Constituição*, 2º Vol., Coord. Jorge Miranda, Lisboa, 1978, pp. 93-196.

– *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995.

SPENCER, HEBERT, *Instituciones políticas*, tomo II, Madrid, 1922.

STANIEC, J. FARLEY ORDOVENSKY / WEBB, NATALIE J., *Utilization of infertility services: How much does money matter?*, *Health services research*, Vol. 42, nº 3, 2007, pp. 971-989.

SWANSON, HOLLACE S.W., *Donor anonymity in artificial insemination: Is it still necessary?*, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 27, 1993, pp. 151-190.

TE VELDE, E. R., *et.al*, *Age at menopause as a marker of reproductive ageing*, *Maturitas*, Vol. 30, nº 2., 1998, pp. 119-125.

TESTART, JACQUES *et.al.*, *A procriação pela medicina*, Lisboa, 1993.

– *Homens prováveis: Da procriação aleatória à reprodução normativa*, Lisboa, 2000.

THOMPSON, CHARIS, *IVF global histories, USA: Between rock and a marketplace*, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 2, 2016, p. 128-135.

TRIPODINA, CHIARA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. III, Turim, 2013, pp. 923-940.

– Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: Una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti, *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, 2014, n° 2, pp. 67-87.

VAN DER GRONDE, TOON *et al.*, *Gene doping: an overview and current implications for athletes*, *British Journal of Sports Medicine*, Vol. 47, n° 11, 2013, pp. 670-678.

VAN MONTFOORT, A. *et al*, *Data from the ESHRE PGT consortium-year 2019*, *Human Reproduction*, 2021, p. 18.

VARI, FILIPPO, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 1, 2013, pp. 01-09.

VASSARD, D. *et al*, *Assisted reproductive technology treatment and risk of ovarian cancer: A nationwide population-based cohort study*, *Human Reproduction*, Vol. 34, n° 11, 2019, pp. 2290-2296.

VAYENA, EFFY *et. al*, *Current practices and controversies in assisted reproduction: Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO Headquarters*, Genebra, 2002.

VEIGA, ANNA, *From biology to embryology: 40 years in the IVF lab*, *Focus on reproduction*, 2018, pp. 22-23.

VENTER, J. CRAIG *et al.*, *The sequence of the human genome*, *Science*, Vol. 291, n° 5507, 2001, pp. 1304-1351.

VERMILYEA, M. *et al.*, *Artificial intelligence (AI) technology can predict human embryo viability across multiple laboratories with varying demographics with high accuracy and reproducibility*, *Human Reproduction*, Vol. 34, 2019, p. 2.

WALLACE, ELEANOR Z. / LEIPZIG, ROSANNE M., *Doing the right thing right: Is evidence-based medicine the answer?*, *American College of Physicians*, 1997, pp. 91-94.

WEI, WEI *et al*, *Assessing the effectiveness of China's panda protection system*, *Current Biology*, Vol. 30, n° 7, 2020, pp. 1280-1286.

WILLIAMS, R. STAN *et al.*, *Public reporting of assisted reproductive technology outcomes: Past, present, and future*, *American journal of obstetrics and gynecology*, Vol. 212, n° 2, 2015, pp. 157-162.

WINDMILLER, JULIE A., *Early planning and the salutary effects on natural childbirth*, *International Journal of Childbirth Education*, Vol. 32, n° 4, 2017, pp. 42-44.

WOLNER-HANSEN, P. / RYDHSTROEM, H., *Cost-effectiveness analysis of in-vitro fertilization: Estimated costs per successful pregnancy after transfer of one or two embryos*, *Human Reproduction*, Vol. 13, n° 1, 1998, pp. 88-94.

XAVIER, RITA LOBO, *Da crise à desregulamentação da família*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, 2003, pp. 835-848.

ZATZ, MAYANA, *Projeto genoma humano e ética*, *São Paulo em perspectiva*, Vol.14, n° 3, 2000, pp. 47-52.

ZEGERS-HOCHSCHILD, FERNANDO *et al*, *The ICMART glossary on ART terminology*, *Human Reproduction*, Vol. 21, n° 8, 2006, pp. 1968-1970.

ZEGERS-HOCHSCHILD, FERNANDO *et. al.*, *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology 2009*, *Fertility and Sterility*, Vol. 92, n° 5, 2009, pp. 1520-1524.

ZEGERS-HOCHSCHILD, FERNANDO *et. al.*, *The international glossary on infertility and fertility care, 2017*, *Fertility and Sterility*, Vol. 108, n° 3, 2017, pp. 393-406.

ZHAO, HUABIN *et al*, *Pseudogenization of the umami taste receptor gene Tas1r1 in the giant panda coincided with its dietary switch to bamboo*, *Molecular biology and evolution*, Vol. 27, n° 12, 2010, pp. 2669-2673.

ZINAMAN, MICHAEL J. *et. al*, *Estimates of human fertility and pregnancy loss*, *Fertility and Sterility*, V. 65, n° 3, 1996 pp. 503-509.

5. Jurisprudência

Conselho da Europa

TEDH, *Dickson v. the United Kingdom*, de 04 de dezembro de 2007, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>.

TEDH, *E.B. v. France*, de 22 de janeiro de 2008, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>.

TEDH, *S.H. and others v. Austria*, de 3 de novembro de 2011, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>.

TEDH, *Costa and Pavan v. Italy*, de 11 de fevereiro de 2013, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>.

União Europeia

TJUE, C-400/10 PPU, de 05 de outubro de 2010, pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html?locale=pt>.

Alemanha

Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE Band 30, 1-47, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 e 308/69, de 15 de dezembro de 1970, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Entscheidungen/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE.html>.

Itália

Tribunal Constitucional da Itália, acórdão n° 347/98, de 26 de setembro de 1998, pesquisável em <https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>.

Tribunal Constitucional da Itália, acórdão n° 151/09, de 01 de abril de 2009, pesquisável em <https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>.

Tribunal Constitucional da Itália, acórdão n° 162/14, de 09 de abril de 2014, pesquisável em <https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do>.

Tribunal de Salerno, acórdão n° 12.474/09, de 13 de janeiro de 2010, pesquisável em https://lesentenze.it/cercasentenze?q=&hPP=10&idx=lesentenze&p=0&dFR%5Bcategoria%5D%5B0%5D=Salerno&is_v=1

Portugal

Tribunal Constitucional, acórdão TC n° 105/1990, de 29 de março de 1990, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Tribunal Constitucional, acórdão TC n° 101/2009, de 03 de março de 2009, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Tribunal Constitucional, acórdão TC n° 225/2018, de 24 de abril de 2018, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Tribunal Constitucional, acórdão TC n° 465/2019, de 18 de setembro de 2019, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Supremo Tribunal de Justiça, acórdão do processo n° 2790/16.0T8VFX.L1.S1, de 6 de novembro de 2018, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal da Relação de Coimbra, acórdão do processo n° 5525/16.3T8CBR.C1, de 06 de fevereiro de 2018, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

Venezuela

Corte Constitucional, acórdão *López, Glenda y otros V. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, de 06 de abril de 2001, disponível em <https://www.escribnet.org/caselaw/2006/lopez-glenda-y-otros-c-instituto-venezolano-seguros-sociales-ivss-s-accion-amparo>.

6. Legislação e documentos normativos

Itália

Lei nº 40/2004, de 19 de fevereiro, Regras sobre tecnologias de reprodução assistida.

Portugal

Lei nº 3/1984, de 7 de março, Educação sexual e planeamento familiar.

Decreto-Lei nº 319/1986, de 25 de setembro, estabelece normas relativas à disciplina e atividade de banco de espermatozoides.

Decreto Regulamentar nº 3/1995, de 27 de janeiro, que estabelece a lista de doenças que afastam funcionários, alunos e professores da frequência escolar.

Lei nº 32/2006, de 26 de julho, procriação medicamente assistida.

Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de agosto, que estabelece o regime jurídico do património imobiliário público.

Despacho nº 14788/2008, de 6 de maio, do Ministério da Saúde, que institui a Política de incentivo à procriação medicamente assistida.

Lei nº 9/2010, de 31 de maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

Lei nº 7/2011, de 15 de março, que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil.

Circular Normativa nº 18/2011, de 22 de Julho, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata do Programa específico para a melhoria do acesso ao diagnóstico e tratamento da infertilidade.

Portaria nº 273/2012, de 5 de setembro, do Ministério da Saúde, que estabelece valores para as técnicas de procriação medicamente assistida.

Lei nº 143/2015, de 08 de setembro, aprova o regime jurídico do processo de adoção.

Decreto Regulamentar nº 6/2016, de 29 de dezembro, que regulamenta a procriação medicamente assistida.

Lei nº 95/2019, de 4 de setembro, Lei de Bases da Saúde.

Circular Normativa nº 15/2019/DPS/ACSS, de 07 de novembro, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições e procedimentos de pagamento das prestações de saúde realizadas aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde que devam ser cobradas pelas Instituições Hospitalares ao abrigo do Contrato-Programa 2019.

Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de março.

Circular Informativa nº 4/2021/ACSS, de 04 de março, da Administração Central do Sistema de Saúde, que trata das condições extraordinárias 2020/2021 para o acesso ao diagnóstico e tratamento da infertilidade.

7.Outros textos e documentos

Conselho da Europa

Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais ou Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1951.

Recomendação sobre engenharia genética nº 982, de 26 de janeiro de 1982.

Convenção para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano em relação à aplicação da biologia e da medicina, doravante Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina, de 1997, ratificado por Portugal em 3 de janeiro de 2001.

Protocolo nº 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 24 de junho de 2013, ratificado por Portugal em 16 de janeiro de 2017.

União Europeia

Carta dos Direitos Fundamentais, de 07 de dezembro de 2000.

Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, (2007/C 303/02), de 14.12.2000.

Resolução do Parlamento Europeu sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero (2013/2183(INI)), de 04 de fevereiro de 2014.

Eurostat, *Fertility indicators*, 2016.

Eurostat, *The EU in the world*, 2020.

Nações Unidas

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966.

Proclamação do Teerã, de 13 de maio de 1968.

Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e para o Benefício da Humanidade, de 10 de novembro de 1975.

Convenção sobre a diversidade biológica, de 5 de junho de 1992.

Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993.

Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, Resolução nº 48/104, de 20 de dezembro de 1993.

Relatório da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, Cairo, 1994.

Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 14, de 25 de abril de 2000.

Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 17, de 12 de janeiro de 2006.

Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 21, de 21 de dezembro de 2009.

Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 22, de 02 de maio de 2016.

UNESCO, Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos, 1997.

UNESCO, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005.

UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Amsterdã, 2007.

UNESCO, Declaração de Veneza sobre o Direito de Aproveitar os Benefícios do Progresso Científico e suas Aplicações, 2009.

UNESCO, *Report of the Experts' meeting on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Veneza, 2009.

Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, Farida Shaheed, 2012.

Organização Mundial da Saúde

Constitution of the World Health Organization, de 22 de julho de 1946..

Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health, Genebra, 2006.

Summary of recommendations from meeting of technical experts in infertility, 2008.

Developing sexual health programmes: a framework for action, Genebra, 2010.

Meeting to Develop a Global Consensus on Preconception Care to Reduce Maternal and Childhood Mortality and Morbidity, Genebra, 2012.

Meeting to develop a global consensus on preconception care to reduce maternal and childhood mortality and morbidity: meeting report 2012, Genebra, 2013.

Annual technical report 2015: department of reproductive health and research, including UNDP/UNFPA/WHO/World Bank Special Programme of Research Training in Human Reproduction (HRP), 2016.

Sexual health and its linkages to reproductive health: An operational approach, 2017.

Banco Mundial

World development report 1993: Investing in health, 1993.

Investing in the best buys: A review of the health, nutrition, and population portfolio FY1993-99, 2020.

Organização dos Estados Americanos

Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1988.

Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia

Intrauterine insemination, Human Reproduction Update, Vol.15, nº 3, 2009, pp. 265-277.

Europe the continent with the lowest fertility, Human Reproduction Update, Vol. 16, nº 6, 2010, pp. 590-602.

Revised guidelines for good practice in IVF laboratories (2015), Human Reproduction, Vol. 31, nº 4, 2016, pp. 685-686.

A Policy Audit on fertility Analysis of 9 EU Countries, 2017.

ESHRE guideline: recurrent pregnancy loss, Human reproduction open 2018, nº 2, 2018.

ESHRE guideline: Ovarian stimulation for IVF/ICSI, Human Reproduction Open, nº 2, 2020, pp. 1-13.

ESHRE PGT CONSORTIUM STEERING COMMITTEE e *et al*, *ESHRE PGT Consortium good practice recommendations for the organisation of PGT, Human reproduction open*, nº 3, 2020.

Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva

PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AND PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Elective single-embryo transfer, Fertility and Sterility*, Vol. 97, nº 4, 2012, pp. 835-842.

Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss: a committee opinion, Fertility and Sterility, Vol. 99, nº 1, 2013, p. 63.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *Intracytoplasmic sperm injection (ICSI) for non-male factor indications: A committee opinion, Fertil Steril*, Vol. 114, nº 2, 2020, pp. 239-245.

PRACTICE COMMITTEES OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, THE SOCIETY OF REPRODUCTIVE BIOLOGISTS AND TECHNOLOGISTS, AND THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *In vitro maturation: A committee opinion, Fertility and Sterility*, Vol.115, nº 2, 2021, pp. 298-304.

PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Guidance on the limits to the number of embryos to transfer: a committee opinion*, *Fertility and Sterility*, Vol. 116, nº 3, 2021, pp. 651-654.

ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, *Access to fertility treatment irrespective of marital status, sexual orientation, or gender identity: an Ethics Committee opinion*, *Fertility and Sterility*, Vol. 116, nº 2, 2021, pp. 326-330.

Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

Recomendação sem numeração, de 14 de maio de 2012, que trata da criopreservação de ovócitos para uso futuro, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 03/II, de 19 de julho de 2013, que tratou da definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida (revogada), pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 04/II, de 19 de julho de 2013, que trata da admissibilidade do recurso a embriões doados quando se atinjam os limites de acesso para a realização das técnicas de PMA no âmbito do SNS, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 08/II, de 17 de junho de 2015, que trata da criopreservação de embriões em contexto de preservação do potencial reprodutivo, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 09/II, de 18 de dezembro de 2015, que estabelece o destino a dar aos embriões excedentários criopreservados decorrido o período de criopreservação previsto no nº 1 do artigo 25º da Lei nº 32/2006, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Declaração interpretativa sem numeração, de setembro de 2016, relativa ao nº 1 do artigo 30º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis nº 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Parecer sem numeração, de 10 de novembro de 2016, relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da Lei nº 17/2016, de 20 de junho, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 13-II, de 27 de janeiro de 2017, que dispõe sobre a admissibilidade ao recuso a fertilização recíproca, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 15/II, de 20 de outubro de 2017, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 4-III, de 22 de junho de 2018, que estabelece um regime excecional que admite a transferência de embriões criopreservados quando os beneficiários atingiram os limites etários estabelecidos nas deliberações nº 15- II/2017 e nº 16-II/2017, de 20 de outubro, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Deliberação nº 05/III, de 11 de outubro de 2019, que reaprecia o limite de idade do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida e expressamente revoga a Deliberação nº 3/II, de 19 de julho de 2013, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, pesquisável em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

Parecer nº 3/CNE/1993, de abril de 1993, sobre reprodução medicamente assistida, pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

Parecer nº 15/CNECV/95, de 28 de abril de 1995, sobre a experimentação do embrião, pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

Parecer nº 44/CNECV/2004, de julho de 2004, sobre procriação medicamente assistida, pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

Parecer nº 63/CNECV/2012, de março de 2012, sobre procriação medicamente assistida e gestação de substituição, pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

Parecer no 87/CNECV/2016, de março de 2016, sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS), pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

Parecer nº 90/CNECV/2016, de dezembro de 2016, sobre a apreciação do projeto de Decreto-lei da regulamentação da Lei nº 17/2016, garantindo o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida, pesquisável em <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres>.

GOLDMAN SACHS, *The genome revolution*, 2018, documentário disponível em <https://www.goldmansachs.com/insights/pages/genome-revolution.html>, acessado em 06 de janeiro de 2020.

International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice, 8ª edição, 2019.

HUMAN GENOME ORGANIZATION, *Hugo Ethics Committee statement on benefit sharing: April 9, 2000, Clinical genetics, Vol. 58, nº 5, 2000, pp. 364-366.*

Índice

Resumo.....	página 1
Palavras-chave.....	página 2
Abstract.....	página 3
Keywords	página 4
Advertências.....	página 5
Abreviaturas.....	página 6
Sumário.....	página 8
Introdução.....	página 10
1. Fundamentos jurídico-constitucionais do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.....	página 16
1.1 Direitos sexuais e reprodutivos	página 16
1.2 Direito a constituir família	página 28
1.3 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	página 44
1.4 Direito à proteção da saúde	página 55
1.5 Direito a filhos saudáveis.....	página 71
1.6 Direito a obter os benefícios do progresso científico.....	página 81
2. Regime legal da procriação medicamente assistida e questões controversas.....	página 101

2.1 Subsidiariedade e alternatividade. Superação da exigência de diagnóstico de infertilidade.....	página 105
2.2 Usuários ou beneficiários das técnicas	página 128
2.3 Critérios de elegibilidade: idade, números de ciclos e utilização simultânea.....	página 140
2.4 Principais modalidades de técnicas de procriação medicamente assistida e controvérsias jurídicas.....	página 155
2.4.1 Inseminação artificial e fertilização <i>in vitro</i>	página 157
2.4.2 Doação de óvulos.....	página 160
2.4.3 Transferência intrafalópica de gametas GIFT.....	página 161
2.4.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozoides ICSI.....	página 163
2.4.5 Estimulação ovariana.....	página 166
2.4.6 Diagnóstico genético de pré-implantação DGPI.....	página 172
2.4.7 Criopreservação de óvulos.....	página 179
2.4.8 Transferência de embriões.....	página 188
2.4.9 CRISPR e a edição de genes.....	página 195
3. Justificativas jurídico-constitucionais para a limitação do uso das tecnologias reprodutivas.....	página 205
3.1 Consequências do uso imoderado da procriação medicamente assistida.....	página 207
3.1.1 Seleção <i>in vitro</i> das características genéticas.....	página 209
3.1.2 Neoeugenia e o condicionamento das gerações vindouras.....	página 214
3.1.3 Direito à informação baseada em evidências científicas. Utilização das tecnologias reprodutivas fora do limite de segurança.....	página 222

3.2 O direito a procriar através das técnicas de PMA e a colisão com outros direitos fundamentais.....	página 232
3.2.1 Direito à autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade da criança concebida através das técnicas de PMA.....	página 234
3.2.2 Direito ao patrimônio genético não modificado ou proibição de modificação do genoma. Genoma humano como patrimônio comum da humanidade.....	página 240
3.2.3 Direito à biodiversidade genética. Pontos cegos da seleção <i>in vitro</i>	página 249
Considerações finais	página 262
Bibliografia.....	página 269
Jurisprudência.....	página 299
Legislação e documentos normativos	página 301
Outros textos e documentos	página 307