



THALITA ROSADO VENTORINI

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

COIMBRA, OUTUBRO DE 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS



**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM***

THALITA ROSADO VENTORINI

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.

COIMBRA

2014

THALITA ROSADO VENTORINI

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PROcriação
MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Aprovada em: 19/12/2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano
(Orientadora)

Professor Doutor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro

Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

*Aos meus amados filhos Tarik e Erik, que tocam
minha vida de forma tão significativa e profunda.
Por vocês e para vocês, sempre.*

AGRADECIMENTOS

Este mestrado não é fruto de uma caminhada solitária. Tenho muito a agradecer a Deus e comigo muitos também obtêm o título de Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Agradeço imenso:

Aos meus queridos filhos Tarik e Erik, aqueles que transmitem o maior amor do mundo em um olhar. Luzes que me fazem a cada dia lutar para ser uma pessoa melhor, obrigada por serem minha inspiração e fazerem tudo valer a pena.

Aos meus pais, Hidely e Marcelo, e aos meus avós, Maria e Christobal (*in memoriam*), que suportaram e vibraram com as mudanças inesperadas trazidas pelas inconstâncias da vida. Pelo amor, paciência, dedicação e princípios que sempre me dedicaram, por terem construído a base para que eu pudesse realizar meus sonhos com dignidade e respeito.

Ao meu irmão, Marcelo, minha cunhada-irmã, Vanessa, meu padrinho, Mario e demais familiares que me apoiaram na realização deste sonho e na aventura de recomeçar em terras europeias.

À minha orientadora, Sra. Professora Doutora Maria Benedita Urbano, minha mais profunda admiração e gratidão, cuja orientação, apoio, extrema competência e constante disponibilidade foram imprescindíveis para a realização deste trabalho.

Aos grandes professores que passaram pela minha jornada acadêmica, especialmente aos doutores de Coimbra, que me proporcionaram um enorme crescimento pessoal e profissional. Além da Sra. Doutora Maria Benedita Urbano, meus demais professores neste mestrado: Sra. Doutora Alexandra Aragão, Sr. Doutor Fernando Alves Correia e Sra. Doutora Suzana Tavares.

Aos meus amigos-irmãos, aqueles poucos que vieram para ficar. Alguns que mesmo de longe se fizeram presentes, especialmente minha querida Renata Moreno, e outros que Coimbra graciosamente me ofertou e que comigo estarão para sempre, nomeadamente Estela Nunes e Isabela Gonçalves. Obrigada pelas alegrias e dores compartilhadas. Com vocês, os intervalos entre um parágrafo e outro fizeram minha vida muito mais feliz.

A Coimbra e sua Universidade, que encantam em cada rua estreita e cada Capa Negra. Valeu todo o esforço em realizar o sonho adolescente de aqui estudar. A vida nunca mais será a mesma depois deste Mestrado. Para sempre em meu coração.

RESUMO

O avanço da biotecnologia, na busca pela superação de casos de infertilidade, fez surgir práticas de procriação medicamente assistida jamais imaginadas. O aumento crescente das fecundações *in vitro* suscitou a possibilidade de sua realização mesmo após a morte do dador do material genético. Assim, a procriação *post mortem* é a possibilidade de a mulher exercer seu direito reprodutivo depois da morte de seu companheiro. Diante de tal cenário, surgem incertezas em todos os ramos da sociedade e, dada sua imensa subjetividade, é difícil haver consenso ético, moral ou jurídico. Perante tantas dúvidas, desenvolve-se a bioética, ramo transdisciplinar que busca estabelecer um padrão ético de atuação a todos os envolvidos. Através da análise dos princípios bioéticos e do surgimento do biodireito, o foco primordial deste estudo é a análise da propriação póstuma, tendo-se em conta os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Portuguesa. É feita uma ponderação de todos os direitos e princípios bioconstitucionais relacionados à esta técnica, tanto para negá-la ou defendê-la, assim como a tutela atribuída ao embrião *in vitro* pela bioconstituição. Dispostos os preceitos constitucionais, é analisada a legislação ordinária que tutela a procriação *post mortem* e são ressaltados seus pontos positivos, bem como um déficit legislativo que deveria ser repensado pelo parlamentar. Em relação à atuação estatal, procura-se demonstrar que a autonomia da vontade deve ser limitada pela necessidade de regulação para pacificação social, assim como para traçar padrões éticos à ciência. A falta de uma legislação específica sobre PMA gera muita insegurança jurídica, que é examinada quando da exposição de um ordenamento jurídico que não a possui, como é o caso brasileiro. Por fim, busca-se a comparação entre a tutela da União Europeia, das Nações Unidas e a tentativa de se realizar uma bioconstituição em nível global.

Palavras-chave: bioconstituição, bioética, biodireito, dignidade humana, direitos fundamentais, embrião *in vitro*, inseminação póstuma, procriação medicamente assistida *post mortem*

ABSTRACT

The progress of biotechnology to overcome infertility cases, emerge new practices of medically assisted procreation never thought before. The growth of *in vitro* fertilization raised the possibility of its realization even after the death of the genetic material's donor. Therefore, the *post mortem* procreation is the women's ability to exercise their reproductive rights even after the death of her partner. Faced the uncertainties in all fields of society and due its immense subjectivity, it has been difficult to have moral, ethical or legal consensus. This makes bioethics a transdisciplinary field that leads to establish an ethical standard of performance for all involved. Through the analysis of bioethical principles and the increase of importance of biolaw, the main focus of this study is to examine the posthumous procreation, considering the core values established in the Constitution of the Portuguese Republic. Furthermore, it is performed an analysis of all the rights and bioconstitutional principles related to this technique, which can both deny or defend it, as well as the protection given to the *in vitro* embryo by the bioconstitution. Given the analysis of constitutional precepts, it is showed the artificial insemination legislation, that oversees the *post mortem* artificial procreation. It is emphasized this positive points, as well as its deficit, which should be reconsidered by parliament. Related to state performance, it attempts to demonstrate that autonomy should be limited by the need for regulation, in order to establish social peace and science standards. The lack of a specific legislation on artificial insemination generates a lot of legal uncertainty, which is examined upon exposure of a legal system that doesn't have it, as the Brazilian case. Finally, it is made a comparison between the European Union and United Nations legal protections, and the attempt to perform a globalised bioconstitution.

Key-words: bioconstitution, bioethics, biolaw, human dignity, fundamental rights, *post-mortem* artificial procreation, posthumous insemination, *in vitro* embryo

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: artigo

CC: Código Civil

CDHB: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF: Constituição Federal

CFM: Conselho Federal de Medicina

CNPMA: Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP: Constituição da República Portuguesa

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

FIV: Fertilização *In Vitro*

HFE Act: Human Fertilization and Embryology Act

HFEA: Human Fertilisation and Embryology Authority

LPMA: Lei de Procriação Medicamente Assistida

p.: página

PIDCP: Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

PMA: Procriação Medicamente Assistida

ONU: Organização das Nações Unidas

Vol.: volume

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA	9
CAPÍTULO I	13
PROcriação medicamente assistida <i>POST MORTEM</i>	13
1.1 Da bioética ao biodireito	13
1.2 Conceito, tipos e polêmicas da procriação <i>post mortem</i>	27
1.3 <i>Case studies</i> da União Europeia	35
CAPÍTULO II	39
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TRANSFERÊNCIA <i>POST MORTEM</i>	39
2.1 Os direitos fundamentais na CRP e a bioconstituição	39
2.1.1 Personalidade, Constituição de Família e Planeamento Familiar	46
2.1.2 Proteção da criança: igualdade entre os filhos e biparentalidade	49
2.1.3 Direito fundamental à reprodução assistida?	56
2.1.4 A dignidade humana	59
2.2 Análise da situação jurídica do embrião e sua tutela constitucional	66
2.2.1 Embrião: sujeito de direito fundamental?	70
2.2.2 Tutela jurídica objetiva do embrião	74
CAPÍTULO III	79
BIOÉTICA E PROcriação <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO POSITIVO	79
3.1 Regulamentação pelo Estado x Autonomia pessoal	79
3.2 O biodireito português: a Lei 32/2006	85
3.3 O bloco europeu: possibilidade de unidade?	94
3.4 Proteção no âmbito das Nações Unidas	99
3.5 Tutela internacional conferida ao embrião <i>in vitro</i>	105
3.6 Da inércia estatal: o caso brasileiro	109
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

NOTA INTRODUTÓRIA

O uso da tecnologia em prol da satisfação humana chegou a um avanço tal que, através das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA), o problema da infertilidade ganhou outra perspectiva. Por meio da manipulação de material genético, da formação de embriões *in vitro* e de um grande leque de possibilidades científicas, muitas pessoas que antes não poderiam realizar o desejo de ter um filho, hoje são capazes disso devido à contribuição da biomedicina.

Dentre as muitas polêmicas trazidas pela biotecnologia, o foco deste estudo está delimitado na realização da PMA *post mortem*, cuja aplicação possibilitou que um limite antes intransponível fosse facilmente superado, uma vez que atualmente é permitido cientificamente gerar uma vida mesmo após a morte dos pais.

Mas será que tudo que é cientificamente possível é eticamente aceitável¹? É natural que a biotecnologia contenha questões de difícil consenso ético, moral, religioso, social, econômico e jurídico em todas as sociedades.

Surge então a bioética, um novo ramo interdisciplinar que busca traçar parâmetros de conduta de modo a preservar o desenvolvimento sadio da raça humana, através do uso equilibrado da ciência. Mas quais seriam seus princípios e como alcançar uma ética justa e imparcial?

Inicialmente, é feito o estudo do surgimento e desenvolvimento da bioética, bem como do seu caráter eminentemente transversal. Faz-se necessário o discernimento sobre os princípios que a norteiam, para justificar uma intervenção científica na vida humana de forma a não trazer malefícios ao homem e às futuras gerações².

Consequentemente, para que toda a sociedade respeite os novos valores trazidos pela bioética, surge a necessidade de regulação e desenvolve-se o biodireito, com a difícil atribuição de tentar pacificar as discussões em torno da ética da vida. As questões que permeiam o biodireito são muito complexas, uma vez que é extremamente difícil legislar

¹ MELO, Helena Pereira de. *O biodireito*, inserido na obra *Ética em cuidados de saúde*, 2008.

² “Tradicionalmente, o direito constitucional da modernidade interrogava-se sobre a legitimidade de vincular as gerações futuras. Hoje, assistimos a uma mudança do tratamento da questão. Pergunta-se, agora, se, e de que modo, as gerações futuras nos vinculam e se temos que tomar em consideração os seus interesses”. LOUREIRO, João Carlos. *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*, 2010, p. 510.

em casos em que não há sequer consenso científico, v.g., o início da vida humana e a sua tutela.

A seguir, insta definir a prática da procriação medicamente assistida póstuma e traçar um panorama geral de quais são as principais objeções trazidas pela doutrina. São analisadas as três modalidades desta recente técnica e há a exposição dos *leading cases* na jurisprudência europeia, que foram fundamentais para aumentar a discussão pública da importância da sua regulação pelo biodireito. É essencial destacar as primeiras e mais polêmicas ações judiciais interpostas no âmbito europeu, com os debates jurídicos pioneiros na tentativa de justificar a realização da PMA *post mortem*.

Ademais, dada a imensa velocidade do desenvolvimento biotecnológico, muitas questões aventadas pela bioética não possuem um tratamento jurídico específico, o que faz surgir lacunas legislativas a serem transpostas na ocorrência de um pedido judicial de utilização de uma tecnologia para poder conceber um filho.

Busca-se demonstrar que tais casos devem ser analisados e integrados pelas normas principiológicas contidas na Constituição da República Portuguesa, em razão das divergências jurídicas constituírem problemas que, muitas vezes, põem em causa direitos fundamentais básicos trazidos pela própria CRP³.

No intuito de bem tutelar esta nova perspectiva de reprodução artificial *post mortem*, é primordial a ponderação do alcance dos direitos fundamentais em causa. Quais valores constitucionais a negam, justificam ou podem ao mesmo tempo ser utilizados como argumento favorável ou contrário à sua efetivação?

Destarte, para a formação do biodireito pela legislação infraconstitucional, é de suma importância a análise dos direitos fundamentais pertinentes à prática biomédica póstuma. Esta avaliação é feita no capítulo segundo, que busca mostrar todos os valores fundamentais contidos na CRP correlacionados ao tema e, inclusive, sob a ótica da tutela do embrião.

Torna-se imperativa a avaliação do valor da dignidade humana, analisada em perspectiva com direitos fundamentais como a formação da personalidade, a constituição da família e a primordial proteção das crianças.

³ V. LEITE, George Salomão, *Ensaio sobre Bioética Constitucional*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 53.

Os preceitos fundamentais devem estar em harmonia para garantir a proteção de todos os envolvidos, nomeadamente da pessoa a ser gerada, sendo que o estudo desenvolve-se sob a perspectiva da bioconstituição. É necessário ressaltar o conceito de bioconstituição e sua importância para traçar diretrizes na elaboração das várias práticas artificiais de reprodução.

A análise da bioconstituição é primordial e busca-se fazê-la com uma abordagem detalhada de todos os direitos e valores que circundam a PMA póstuma, o que permitirá revelar se há um valor constitucional imprescindível, capaz de trazer paz social nas relações vida humana *versus* ciência.

Ademais, é essencial a análise de como estes valores bioconstitucionais tutelam a proteção do embrião formado *in vitro* no ordenamento jurídico português. São muitas questões e incertezas ao redor do início da vida humana e a partir de qual momento esta é digna de uma maior tutela jurídica. Poder-se-ia atribuir ao embrião a titularidade de direitos fundamentais, ou dever-se-ia tutelá-lo como se fosse um objeto de direito? Tal questão que há certo tempo surgiu na tutela da vida intrauterina em oposição à legalização do aborto, atualmente ganha uma perspectiva mais ampla diante da manipulação embrionária, o que gera novas incertezas jurídico-políticas.

Busca-se pesquisar até que ponto pode ser considerada ética a manipulação da vida humana. Teria o embrião *in vitro* a mesma proteção do embrião já implantado? Haveria algum dever estatal de proteção do embrião? Especificamente em relação à procriação póstuma, seria mais benéfico para a sociedade e para os envolvidos a sua destruição, ou a permissão para que fosse implantado? A busca destas respostas é fundamental para um debate mais completo das consequências trazidas pela problemática da PMA *post mortem*.

Por conseguinte, é exposto como o tema da PMA póstuma e dos valores bioconstitucionais são tratados pelo direito positivo. Primeiramente, trata-se do confronto entre a necessidade de positividade em detrimento da autonomia pessoal. Importa analisar em que medida a biotecnologia pode afetar as gerações presentes e futuras, assim como a necessidade de ser exercido o controle legislativo, em busca de uma maior proteção da humanidade, muitas vezes em detrimento da autonomia da vontade.

Posteriormente, busca-se fazer uma exposição e análise das legislações em si: os méritos e ajustes necessários à Lei de Procriação Medicamente Assistida e outras disposições do biodireito português, foco deste trabalho.

Visto isso, é importante salientar a tutela europeia sem precedentes na busca por uma unidade, bem como a tentativa global de pacificação da bioética. Seria possível ou eficaz uma regulação em sentido universal para evitar grandes disparidades entre os Estados? Outrossim, demonstra-se fundamental averiguar como é vista internacionalmente a tutela do embrião *in vitro*.

Por outro lado, com o intuito de se traçar um panorama comparativo, é necessária a consideração de um ordenamento jurídico sem lei específica sobre o tema, e quais os efeitos na sociedade diante da falta de consenso interno, como no caso brasileiro.

É, neste sentido, objetivo do presente estudo proceder a uma análise dos direitos fundamentais e bioconstitucionais portugueses, comparados às disposições internacionais sobre a possibilidade de procriação póstuma e a tutela do embrião. O confronto entre o direito e a tecnologia sempre será debatido e sem a menor perspectiva de consenso, mormente quando é muito difícil separar os valores pessoais éticos, religiosos e morais.

Entretanto, a liberdade científica encontra limites no momento em que pode causar lesões a outros bens constitucionalmente tutelados. Desta forma, é preciso enfrentá-los para a melhor regulação possível pelo Estado, de modo a serem preservados todos os valores fundamentais envolvidos na causa, pacificar as incertezas e trazer segurança à sociedade.

CAPÍTULO I

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM*

“O impacto da bioética na biomedicina vem a ser fortemente empolado por um discurso exacerbado que tanto tende a converter o sonho em realidade como esta em pesadelo, num estranho jogo de atração e repulsa, frequentemente exposto a partir de casos pessoais que, de forma mais ou menos directa e próxima, vão interpelando toda a sociedade.” Maria Patrão Neves⁴

1.1 Da bioética ao biodireito

O imenso avanço tecnológico das ciências médicas⁵ e biológicas gerou tantos problemas, polémicas e discussões, que uma nova área do saber surge para tentar traçar parâmetros e discutir os limites éticos e morais do uso destas novas práticas⁶.

As novas técnicas não só criaram situações antes inimagináveis (experimentação humana, transplantes de órgãos, fecundação artificial e manipulação embrionária, clonagem, alteração do património genético, gravidez por substituição, etc), como também acentuaram outras questões já complexas no campo da ética e do direito (v.g., o aborto e a eutanásia). Sem aprofundar nos impactos negativos decorrentes do uso da ciência na vida humana, o bom uso da tecnologia a favor do homem dependerá de sua sabedoria⁷.

⁴ *Bioética e Bioéticas*, inserido na obra *Bioética ou Bioéticas na evolução das sociedades*, 2006, p. 289.

⁵ “A cientização da medicina teve, em certa medida, a perversa consequência de atrofiar o seu carácter prudencial”. ANTUNES, João Lobo. *Inquietação Interminável - Ensaio sobre ética das ciências da vida*, 2010, p. 17.

⁶ “O poder que a ciência, a engenharia e a medicina têm sobre os corpos e vidas das pessoas e sobre o ambiente estende-se, seguramente, para além dos corpos e dos ambientes dos cientistas. Bastaria essa razão para considerar que o estudo da ciência, da tecnologia e da medicina diz respeito a um espectro mais alargado da sociedade”. FUJIMURA, Joan. *Como conferir autoridade ao conhecimento na ciência e na antropologia*, inserido na obra *Conhecimento prudente para uma vida decente*, 2006, p. 169.

⁷ Aldous Huxley, crítico do pós Segunda Guerra Mundial, ressalta o carácter negativo da ciência e do progresso e seu uso para guerras e centralização do poder. Explica que o bom uso de novas tecnologias depende exclusivamente da sabedoria do homem e prevê a possibilidade de sua humanização para que haja uma convivência pacífica. *Apud* Letícia Ludwig Möller no artigo *Esperança e Responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência*, inserido na obra *Bioética e Responsabilidade*, 2009, p.24-26.

Mas de onde surge essa sabedoria? Quais os princípios e valores norteadores, éticos e morais⁸, para se avaliar o bom uso ou não de uma técnica que cria e modifica a vida humana⁹?

Habermas discorre sobre os riscos trazidos pelo uso indevido da ciência e teme a prática de uma “genética liberal”, em que os interesses econômicos e puramente individuais regessem o uso das novas técnicas. Adverte sobre os malefícios da eugenia, bem como acentua que os conceitos de indisponibilidade da vida humana, do corpo e do genoma¹⁰ devem sempre ser preservados¹¹.

Defende, deste modo, que a constituição genética do indivíduo deve ser respeitada e nunca manipulada. Admite, somente, quando o procedimento é para a cura de alguma doença, sendo que neste caso a intervenção é para o bem de quem irá nascer (seu consentimento é pressuposto, dada a cura a ser realizada).

Desta forma, para Habermas, a única intervenção admissível da biotecnologia ocorre nos casos terapêuticos: não fere a dignidade humana e há consentimento. Tal questão, contudo, aplica-se somente nos diagnósticos de pré-natal, já que não admite a realização de diagnóstico pré-implantação.

Ademais, anuncia a existência de um “novo eugenismo-liberal” ou de “*lassiez-faire*”, em que ao poder parental são acrescentados poderes de escolha antes impensáveis, o que faz surgir, na mesma medida, um novo aspecto fundamental da responsabilidade parental¹².

Diante de tais situações inusitadas, os princípios filosóficos e a ética tradicional já não bastavam para solucionar as novas questões decorrentes da tecnologia e manipulação

⁸ Habermas diferencia a moral da ética e defende que a moral é o conceito de justo universalizado, “*as questões que se prendem com uma vida justa em comunidade*”, sendo que a ética mostra uma dimensão particular (tanto no plano individual quanto em um determinado grupo de cidadãos na política-plano nacional). “...*Esta ‘primazia do justo sobre o bom’ não deve impedir-nos de ver que a moral racional abstracta dos sujeitos de direitos humanos se apoia, também ela, por seu turno, numa prévia autocompreensão ética da espécie, compartilhada por todas as pessoas morais*”. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, 2006, p. 81-83.

⁹ “...*los aspectos científicos en el marco de un humanismo integral y, por ello, tendrá también en cuenta las cuestiones metafísicas, éticas, sociales y jurídicas que se plantean a la conciencia y que los principios de la razón están llamados a ilustrar*”. João Paulo II *apud* José-Román Flecha, *La fuente de la vida – Manual de Bioética*, 2000, p. 80.

¹⁰ *Op. cit.*, 2006, p. 51-71.

¹¹ “*Não podemos, de facto, excluir que o conhecimento de que o seu património genético foi objecto de uma programação eugénica restrinja a autonomia com que o indivíduo configura a sua própria vida, subvertendo a simetria em princípio existente nas relações entre pessoas livres e iguais*”. *Op. cit.*, 2006, p. 64.

¹² LOUREIRO, João Carlos, no artigo *Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista*, presente na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 141.

da vida humana¹³. Sua aplicação nos casos concretos é insuficiente, uma vez que tais casos envolvem conceitos antes inexistentes. Surge então o termo “bioética”.

Usado pela primeira vez na década de setenta, por Van Rensselaer Potter, com a publicação do artigo “*Bioethics, the Science of Survival*”¹⁴, explica que a bioética é composta de conceitos e uma filosofia que integram a biologia, ecologia, medicina, antropologia e cultura aos valores humanos (uma “ciência da sobrevivência”).

Em 1971, Potter escreveu o livro “*Bioethics: Bridge to the Future*”, no qual explica que as características básicas que devem gerir a bioética são a humildade, competência interdisciplinar e intercultural, responsabilidade e senso de humanidade. Afirma que o saber humanista deve sempre ser considerado em conjunto com o saber científico, sendo que a separação de ambos é um perigo para a sobrevivência da vida humana e de todo ecossistema. A única forma de manter-se o equilíbrio na natureza para as próximas gerações é a construção de uma “ponte” entre a cultura humanística-moral e a científica¹⁵.

João Carlos Loureiro explica que Potter usa o termo “bio” em uma dimensão que vai muito além da vida humana, uma dimensão que abrange também a vida animal e vegetal¹⁶. Que os avanços tecnológicos devem ser éticos na medida que devem proteger os ecossistemas e o meio ambiente de uma forma genérica¹⁷, o que, por consequência, protege

¹³ De acordo com Maria Helena Diniz, “*O grande nó relacionado com a questão da manipulação da vida humana não está na utilização em si de novas tecnologias ainda não assimiladas moralmente pela sociedade, mas no seu controle. E esse controle deve ocorrer em patamar diferente ao dos planos científicos e tecnológicos: o controle é ético. É prudente lembrar que a ética sobrevive sem a ciência e a técnica; sua existência não depende delas. A ciência e a tecnologia, no entanto, não podem prescindir da ética, sob pena de, unilateralmente, se transformarem em armas desastrosas para o futuro da humanidade, nas mãos de ditadores ou de minorias poderosas mal intencionadas*”. *O Estado Atual do Biodireito*, 2006, p. 111.

¹⁴ Embora Potter seja o pioneiro do termo em questão, há autores que dizem da primeira utilização do seu conceito pelo alemão Fritz Jahr, em 1927, em um artigo para a Universidade Humboldt. Afirma a existência de um “imperativo bioético” no sentido de que todos devemos respeitar “*todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo e tratá-lo, se possível, como tal*”. GOLDIN, José Roberto, no texto *Bioética e Complexidade, Bioética e Responsabilidade*, 2009, p. 55.

¹⁵ “*La mèta ultima non dovrebbe essere soltanto quella di arricchire le vite degli individui, ma di prolungare la sopravvivenza della specie umana in una forma di società accettabile*”. POTTER, Van Rensselaer. *Bioética - ponte verso il futuro*, 2000, p. 103. Tradução livre: O objetivo final (do estudo da bioética) não deve ser o enriquecimento da vida das pessoas, mas sim prolongar a sobrevivência da espécie humana de uma forma aceitável para a sociedade (visão global).

¹⁶ *Constituição e Biomedicina – Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. I, 2003, p. 359-361.

¹⁷ “*...The biochemist Van Rensselaer Potter warned of the need to withdraw from the frantic pace of advances in knowledge: as knowledge goes deeper, it loses its ability to see itself as part of a wider context. The need to “look around” itself to understand the relationships between particular type of cancer and the problems of the ecosystem, becomes the symptom of a more general need, the need to understand where our knowledge comes from and where it is leading*”. GENSABELLA, Marianna. *Biodiversity and the global*

as gerações futuras.

O paradoxo trazido por Potter está no sentido da humanidade não conseguir sobreviver aos avanços científicos que surgiram, teoricamente, para melhorar a própria vida humana. Defende, já na década de setenta, a necessidade de superação do uso irrestrito e imediato da tecnologia no mundo moderno, sem a realização de uma análise prévia, racional e principalmente moral das consequências geradas. Preocupa-se, inclusive, com o monopólio ou a concentração por poucos do poder trazido pela biotecnologia¹⁸.

A partir de então a importância da discussão de questões bioéticas intensifica-se e seis meses após a publicação do livro de Potter, surge o primeiro centro a levar em seu nome o termo “bioética”.

Fundado por André Hellegers na Universidade de Georgetown, o “*Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*”, hoje chamado de “*Kennedy Institute of Ethics*”, surgiu (dentro de uma perspectiva católica), como uma ferramenta de estudo das consequências dos novos avanços tecnológicos¹⁹.

Todavia, a visão de Hellegers é mais limitada, uma vez que seu enfoque é restrito na área da medicina (é tida como a típica visão norte-americana, onde prevalece a autonomia da vontade). Por outro lado, o conceito de Potter abrange também a ecologia, em uma visão social a longo prazo da sobrevivência da raça humana em um ecossistema saudável, também chamada de macrobioética.

Na Europa, a bioética ganha destaque no Reino Unido no final da década de 70, com o nascimento da primeira bebê de proveta, Louise Brown, e a constatação material do poder do homem em manipular a criação de uma vida.

bioethics of Van Rensselaer Potter, p. 8. Università degli Studi di Messina, 2009, disponível em <file:///D:/Coimbra-Tese/Livros%20lidos/Gensabella-speaker-potter.pdf>.

¹⁸ POTTER, Van Rensselaer, *op. cit.*, 2000, p. 105 e ss. “*Se na verdade a técnica me torna soberanamente livre, se posso de facto fazer tudo, então torno-me terrivelmente responsável por tudo*”. Jacques Ellul *apud* Gilbert Hottois in *O paradigma bioético - Uma ética para a tecnociência*, 1992, p. 115.

¹⁹ O centro surgiu como uma ferramenta de estudo e conscientização da sociedade e políticos da necessidade de regular questões bioéticas. Possui uma biblioteca, “*The Bioethics Research Library*”, com milhares de volumes (entre livros, publicações periódicas, artigos, teses e base legislativa), dedicados ao estudo da bioética. Mais informações em <https://kennedyinstitute.georgetown.edu/>, com acesso a partir de março de 2014.

A bioética então, passa a ser fundada na comunhão dos valores morais e éticos, nomeadamente da ética médica (deontologia²⁰). A deontologia médica, na sua origem, referia-se e produzia efeitos somente na classe médica²¹. Entretanto, com o avanço da biomedicina e com a possibilidade real de criação e modificação da vida humana, a deontologia médica passa a ser do interesse de toda a sociedade. Não é mais restrita à relação médico-paciente, atinge toda a coletividade e não é simplesmente no que diz respeito ao que o médico pode fazer, mas principalmente se ele deve fazer²².

O problema maior surge quando a deontologia profissional é contrária ao ordenamento jurídico de um país. Tal ocorre em Portugal, no que concerne à maternidade de substituição. O artigo 8.º da Lei 32/2006 proíbe a maternidade de substituição no território português, enquanto que o artigo 63.º, 5, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos²³, admite a sua realização em situações de extrema excepcionalidade. Em tais casos, não há como a lei não prevalecer, sendo que o código profissional deverá ser alterado para adequação legal.

Ademais, ao estudar bioética é frequente o uso do termo “autonomia” para designar a liberdade do ser humano. Tal autodeterminação com relação ao uso da biotecnologia surgiu em 1978, nos Estados Unidos da América, com a edição do Relatório Belmont.

A Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental elaborou este relatório para determinar a fonte de dignidade humana na bioética. Prescreve o relatório que o valor da dignidade humana só será concretizado quando forem observados os três princípios da bioética, quais sejam: a autonomia (ou respeito pela pessoa), a beneficência e a justiça.

²⁰ Deontologia deriva da palavra grega “*to deon*”, “o que é preciso”, “dever”, é o conjunto de regras pertencentes a uma determinada profissão, constituindo seu código de ética. Cristina Nunes explica que a distinção das teorias deontológicas da ética utilitarista é o fato de que vários elementos são determinantes para caracterizar a moralidade de um ato. Que além da estrutura externa deste ato, deve-se considerar a motivação e a intenção da atitude, de acordo com princípios morais e universais do ponto de vista profissional. NUNES, Cristina, *A ética numa Sociedade Plural e Secular, in A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, p. 15-49.

²¹ Para uma análise de um ponto de vista mais voltado à medicina, v. *Bioética y Derechos Emergentes*, de José Maria Rodríguez Merino, 2001.

²² A deontologia é de extrema importância e em países que, como o Brasil, não possuem legislação suficiente na área da bioética. A deontologia médica acaba por servir de parâmetro para as práticas e decisões judiciais. Tal questão será abordada com mais ênfase no capítulo terceiro.

²³ V. Código Deontológico da Ordem dos Médicos, com acesso em maio de 2014, disponível em <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>.

No relatório Belmont, entende-se por autonomia o respeito à autodeterminação da pessoa, e é dada extrema importância ao seu consentimento prévio para a realização de uma prática médica. É o respeito do médico pelo paciente e deixar que este atue sem influência externa, para formar seu livre consentimento informado²⁴.

Com relação à beneficência, relacionada com atos de bondade e de caridade (do valor francês da *fraternité*), é a maximização dos possíveis benefícios, a tentativa árdua de não causar danos e sempre agir com a verdade.

Finalmente, por justiça em bioética é preceituado que, uma pesquisa científica realizada com recursos públicos que traga resultados positivos, estes devem servir à toda sociedade, não apenas àqueles que possam pagar. Além disso, considera-se justa uma pesquisa feita em seres humanos quando, além do consentimento informado, participam dela todas as camadas da sociedade, não apenas as classes mais baixas, ou minorias étnicas, prisioneiros, etc²⁵. Assim, torna-se imparcial a distribuição dos benefícios²⁶ e riscos dos procedimentos²⁷.

Em adição à beneficência, justiça e autonomia, Tom Beauchamp e James Childress, na obra “*Principles of Biomedical Ethics*”, sustentam que há um quarto princípio da bioética, o princípio da não-maleficência (obrigação médica de não causar danos)²⁸. Esta obra foi um marco no estudo dos princípios norteadores da bioética.

Defendem os autores em sua obra que, para se formular um juízo de valor justo sobre um caso, deve haver sempre a utilização da “especificação” e da “ponderação”. É preciso especificar em que caso concreto os princípios são aplicados e a ponderação é feita quando há conflito entre os mesmos. Tais princípios não são considerados absolutos e por isso devem sofrer um juízo de valor, para serem adequados e a dúvida concreta ser sanada.

²⁴ SANTOS, Natália Batistuci. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Os Reflexos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida Heteróloga e Post Mortem*, 2007, p. 255.

²⁵ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, 2005, p. 571-573.

²⁶ Cf. PETRACO, Alvaro, o princípio da justiça não é atingido no uso das técnicas de reprodução assistida, dado que seu elevado custo veda o acesso à muitos. *Bioética e Reprodução Assistida*, inserido na obra *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito-Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*, 2004, p. 13.

²⁷ SANTOS, Natália Batistuci. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, *idem*.

²⁸ “*Nonmaleficence and beneficence have played a central historical role in medical ethics, whereas respect for autonomy and justice were neglected in traditional medical ethics but have come into prominence because of recent developments*”. BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James. *Principle of Biomedical Ethics*, 1994, p.38.

Ademais, sustentam ser a ponderação o equilíbrio necessário para a elaboração de políticas públicas²⁹, o que à época já era uma preocupação.

Tal apreensão também era evidente no Reino Unido, que entre as décadas de setenta e oitenta, nomeou Mary Warnock para ser a curadora na elaboração de um relatório, com o fim de estudar política pública e a cautela necessária para se legislar sobre técnicas de PMA. Tal relatório ficou conhecido como *Warnock Report*³⁰. O relatório admite o uso de técnicas artificiais na tentativa de se ter um filho, não o direito a tê-lo por quaisquer métodos. Há a visão de que as questões relativas à PMA devem ser sempre reguladas.

Ainda na tentativa de se definir o que seria esta nova área e traçar parâmetros de conduta, foi lançada em 1978 a *Encyclopedia of bioethics*, com nova edição em 1995. Define bioética como o “*estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar*”³¹. Fica então consolidada a necessidade do pluralismo ético, de acordo com várias vertentes de estudo, para se compor uma bioética mais justa.

Destarte, podem-se resumir em três as fases a evolução da bioética³²: a primeira, de 1960 a 1977, período de surgimento do termo “bioética” e dos principais grupos de médicos e cientistas preocupados com o rápido avanço tecnológico (tal como o *Kennedy Institute* e o *Institute Borja* na Europa), a tentar delimitar seus objetivos e características; a segunda fase, de 1978 a 1997, período em que é publicado o *Belmont Report* e ocorre a primeira fecundação *in vitro*; por fim, a terceira fase teve seu início em 1998 e perdura até o presente³³, período das descobertas no genoma humano, clonagem de animais e, ao

²⁹ “Principles, rules, and rights require balancing no less than specification. Principles (...) direct us to certain forms of conduct, but principles by themselves do not settle conflicts of principle... Balancing is especially useful for individual cases, whereas specification is especially useful for policy development”. *Ibidem*, p. 32.

³⁰ Para mais informações sobre o *Warnock Report*, consultar <http://www.educationengland.org.uk/documents/warnock/>, com acesso em julho de 2014.

³¹ *Apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, 2006, p. 11.

³² André Marcelo M. Soares, *apud* Ivo Dantas, in *Constituição e Bioética*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 97 e 98.

³³ Em 2001 foi fundada a primeira Faculdade de Bioética do mundo, no Ateneu Pontifício Regina Apostolorum de Roma, com o objetivo de “*capacitar pessoas para intervir com competência nos diversos e complexos problemas éticos que surgem no campo das ciências biomédicas e biológicas, com respeito à dignidade humana e na defesa da vida de cada indivíduo*”. VIEIRA, Tereza Rodrigues, in *Bioética e Direito*, 2004, p. 20.

mesmo tempo, da falência (ou a consolidação da falência) de sistemas de saúde pública nos países mais pobres³⁴.

Assim, a delimitação do significado de bioética, a ética da vida, é muito complexa. Trata-se de uma matéria transdisciplinar, que abrange muitos ramos do saber, como a biologia, medicina, filosofia, teologia, antropologia, psicologia, meio ambiente, economia e direito. Para cada uma dessas áreas o conceito de um ato ético varia, podendo uma mesma ação ser considerada ética ou não, conforme os valores e ponto de vista utilizados³⁵.

Por essa transversalidade e enorme profusão de valores a serem considerados na bioética, Maria Patrão Neves defende, com razão, a utilização deste termo no plural. Aderir à imensa pluralidade das “bioéticas” é “*acolher como legítimas todas as diferentes reflexões que se reclamam da bioética...*” e não estipular que há um conceito uno (ocidental) e verdadeiro³⁶. Cada sociedade tem seus próprios valores e costumes, o que faz gerar éticas e comportamentos bioéticos distintos.

Em 2005, a UNESCO promulgou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos³⁷. Para promover e ressaltar a importância da pesquisa e estudo em bioética, inclusive em nível internacional, seu artigo 19.º fala dos Comitês de Bioética e estipula que devem estes ser independentes, multidisciplinares e pluralistas³⁸.

³⁴ As três fases são a “*eclosão, maturação e velocidade de cruzeiro*”. Édouard Boné *apud* João Carlos Loureiro, *Constituição e Biomedicina – Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. I, 2003, p. 357.

³⁵ “*As diversas áreas científicas abrangidas pela bioética têm apenas em comum o facto de reflectirem o pluralismo de conceitos e de práticas de uma sociedade democrática, secular e plural, que se pretende mais justa e equitativa*”. NUNES, Rui. *Bioética: o Ensino e Aprendizagem*, in *A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, p. 51

³⁶ “*...identidade essencial da bioética que, exposta a diferentes contextos, se lhes torna permeável, adquirindo diferentes perfis em diferentes espaços geo-culturais*”. Maria Patrão Neves, in *Bioética e Bioéticas*, inserido na obra *Bioética ou Bioéticas na evolução das sociedades*, 2006 p. 285 e 286.

³⁷ Disponível no site da UNESCO em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>, com acesso em julho de 2014.

³⁸ Descreve a UNESCO que os comitês devem ter os objetivos de: “*avaliar os problemas éticos, jurídicos, científicos e sociais relevantes no que se refere aos projectos de investigação envolvendo seres humanos; dar pareceres sobre os problemas éticos que se levantam em contextos clínicos; avaliar os progressos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a elaboração de princípios normativos sobre as questões do âmbito da recente Declaração; e promover o debate, a educação e bem assim a sensibilização e a mobilização do público em matéria de bioética*”. Marta Mendonça ressalta que a questão mais importante e, ao mesmo tempo, mais complexa, é a sua composição pluralista. “*Situada na fronteira de diversos saberes, que possuem, cada um deles, uma linguagem própria e um vocabulário técnico mais ou menos preciso...*” cada um de seus membros necessita “*alargar o horizonte constituído pelo seu próprio saber...*”. In *A utilidade das Comissões de Bioética*, inserido na obra *Pessoas Transparentes - Questões Actuais de Bioética*, 2010, p. 27.

Antes disso, em 1997, o comitê de bioética da UNESCO promulgou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos³⁹, que determina as diretrizes para a realização de pesquisas genéticas, sempre tendo em vista a proteção dos direitos individuais.

Desta forma, considerando esta multiplicidade de valores (pertencentes à diferentes sociedades e culturas) e de pontos de vista (das diversas áreas do saber), os desafios impostos à(s) bioética(s) são enormes.

Boaventura de Sousa Santos expressa o sentimento de desconfiança e cuidado que se deve ter pelo enorme avanço científico, e defende que a prudência e a precaução devem ser somadas à noção de responsabilidade⁴⁰.

Para João Arriscado Nunes, para ser eficiente e justa, a bioética deve incluir aspectos básicos, quais sejam, a possibilidade de os cidadãos influenciarem na formação de opiniões, nas conclusões legislativas e redistribuir os custos e benefícios segundo critérios de justiça social e ambiental⁴¹.

Outrossim, é muito comum a descrição do objetivo da bioética como sendo a proteção da vida humana, numa perspectiva atual. Entretanto, tal visão é limitada pois não trata-se apenas da pessoa humana de hoje, não nos podemos esquecer que temos a obrigação de zelar pelas gerações futuras⁴², como já alertava Potter. Antes de se permitir a realização de uma técnica de PMA ou que envolva manipulação embrionária, é necessário verificar se a tecnologia empregada não trará prejuízos psicológicos à pessoa que nascerá.

³⁹ Com acesso a partir de fevereiro de 2014, igualmente disponível no site da UNESCO em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Dispõe seu artigo 20º que “*Os Estados devem tomar as medidas apropriadas para divulgar os princípios estabelecidos na presente Declaração por intermédio da educação e outros meios relevantes, inter alia, por meio da realização de pesquisas e treinamento em campos interdisciplinares e pela promoção da educação em bioética, em todos os níveis, em particular junto aos responsáveis por políticas voltadas para as áreas da ciência*”.

⁴⁰ “*Duvidamos suficientemente do passado para imaginarmos o futuro, mas vivemos demasiadamente o presente para podermos realizar nele o futuro. Estamos divididos, fragmentados. Sabemo-nos a caminho mas não exatamente onde estamos na jornada. A condição epistemológica da ciência repercute-se na condição existencial dos cientistas. Afinal, se todo conhecimento é autoconhecimento, também todo desconhecimento é autodesconhecimento*”. *Um discurso sobre as ciências*, 2001, p. 58.

⁴¹ *From bioethics to biopolitics: new challenges, emerging response*, 2003, p. 12.

⁴² “*Pensar a bioética é pensar o avanço científico agregado ao respeito ‘do homem pelo homem’.* A responsabilidade pelas novas gerações deverá estar sempre consolidada...”. VARGAS, Angelo. *Bioética - Impactos da pós modernidade*, 2010, p. 79.

João Carlos Loureiro, ao escrever sobre os direitos das gerações futuras, utiliza a expressão “responsabilidade jurídico-constitucional” para demonstrar o dever da geração presente em relação às vindouras⁴³.

Igualmente, Casalta Nabais⁴⁴ prefere indicar o dever atual de proteção das próximas gerações, do que atribuir um direito cujo titular é incerto e está no futuro. Esclarece que o termo “direito das gerações futuras” é inadequado e não é factível, uma vez que não há atualmente titulares ativos de tais deveres⁴⁵.

Habermas destaca o cuidado que se deve ter no respeito às gerações futuras e na necessidade de se coibir a “decisão eugênica”. Com isso, quer enfatizar que a postura de não se deixar nascer uma criança gravemente doente, através da manipulação genética pré-embriónica é terrível, uma vez que causaria o aperfeiçoamento do património genético. Esta manipulação levaria à uma “normalização” da geração futura pelas escolhas (ou manipulação forçada) da geração presente⁴⁶.

Assim, ao final, independentemente do ponto de vista a ser utilizado, a conclusão é a mesma: é consensual que a bioética salvaguarda a dignidade da vida humana em sentido amplo, para a preservação de direitos e da própria espécie humana, o que gera deveres e obrigações à atual geração para que as próximas não sejam prejudicadas.

Tendo em vista tal proteção e a grande quantidade de problemas decorrentes do uso da biotecnologia, assim como a moral e a ética serem pilares fundamentais para a formação das normas, surge nos países de tradição jurídica romano-germânica a necessidade de positivação de tais valores éticos, no caso em estudo, a formação do biodireito⁴⁷.

⁴³ *Constituição e Biomedicina - Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. II, 2003, p. 702.

⁴⁴ *V. Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, 2007, p. 240.

⁴⁵ Para Casalta Nabais trata-se de um “conjunto de deveres indirectos para com a humanidade, ou mais precisamente, de exigências correspondentes a um equilibrado e adequado ambiente natural necessário à preservação da vida (digna de ser vivida) da espécie humana, integrada tanto pela geração actual como pelas gerações futuras”. *Ibidem*, p. 239.

⁴⁶ *Op. cit.*, 2006, p. 28-33.

⁴⁷ Surge o termo pelo mundo: *biodroit, biodiritto, bioderecho, biojurídica, biolaw, biorett* (Escandinávia). Na Alemanha, apesar de ter surgido o termo *biorecht*, prevalece o termo “direito da medicina”. LOUREIRO, João Carlos. *Op. Cit.*, Vol. I, 2003, p. 363.

Maria Benedita Urbano⁴⁸ destaca que a política não pode ser um processo apartado da sociedade e dos seus contextos históricos, sociais e econômicos. Explica que a democracia deve ser ética e fundada em valores, sendo que estes servem de parâmetro para a atuação estatal.

Desta feita, a forma como uma nação se posiciona face às novas possibilidades médicas compõem o biodireito, que de forma naturalmente mais lenta, legítima ou veda uma prática científica⁴⁹.

Uma comparação interessante é feita por Elida Séguin⁵⁰, ao traçar a diferença de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da distinção de bioética e biodireito. Sabe-se que os direitos humanos ao serem transpostos para o ordenamento interno são denominados direitos fundamentais. E a bioética, quando sai do campo meramente dos valores e é positivada no ordenamento interno, denomina-se biodireito.

Segundo Diego Gracia⁵¹, na formação da bioética estão presentes três pilares, quais sejam: o fator jurídico, que privilegia o paciente como sujeito de direitos; fator médico, focado na proteção do paciente e seu consentimento livre e informado e o fator político, que é fundamentado na justiça como fator de mediação de interesses. A junção destes três pilares básicos devem compor a base legislativa do biodireito.

Nas palavras de José de Faria Costa, os núcleos problemáticos criados pela bioética demandam uma resposta jurídica, mas não só isso, como também reclamam uma solução jurídico-penal⁵². Cita como exemplo a Lei de Procriação Medicamente Assistida - Lei n.º 32/2006, que de 48 artigos, somos confrontados com dez crimes, quatro contra-ordenações e seis sanções acessórias.

Para Helena Pereira de Melo, o biodireito (que envolve o Direito Constitucional, Civil e Penal), apresenta um dinamismo no sentido de ser continuamente alterado para a adaptação das novas e rápidas realidades tecnológicas. Afirma que uma nova técnica

⁴⁸ Ressalta que “merecem também consideração valores como o pluralismo, o laicismo, a tolerância, o respeito mútuo, a inclusividade e o respeito pelas minorias, a transparência, o respeito pelos direitos humanos e, em geral, pela dignidade da pessoa humana, exigência de justiça e igualdade (...), o multiculturalismo, a liberdade, a fraternidade, a solidariedade, a atitude dialógica”. *Cidadania para uma democracia ética*, 2007, p. 517.

⁴⁹ GRACIA, Diego. *Fundamentos de Bioética*, 2007, p. 765-774.

⁵⁰ *Biodireito*, 2005, p. 60.

⁵¹ *Op. cit.*, 2007, p. 767.

⁵² Explica que a bioética determina a proteção de bens jurídicos fundamentais e que para sua tutela ser completa, também é necessária a atuação do direito penal. COSTA, José de Faria, *in Bioética e Direito Penal – Reflexões jurídicas em tempos de incerteza*, inserido na obra *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, 2013, p. 101.

científica surge “eticamente neutra”, devendo seus objetivos e consequências definirem sua ética (ou a falta da mesma) e ao direito regulamentá-la⁵³.

Desta forma, no ramo do biodireito, a produção legislativa é eminentemente *a posteriori*, uma vez que acontece para pacificar as incertezas trazidas pela tecnologia⁵⁴. E como a biotecnologia está constantemente a trazer novos dilemas, o biodireito é forçado a estar em constante atualização, numa velocidade acima das outras áreas do direito.

Assim, as relações humanas são regidas de acordo com valores éticos que buscam, ao final, atingir o valor da justiça. A lei deriva de preceitos éticos e uma boa lei é fundada nos mais altos valores de uma sociedade.

Como ressalta Rui Nunes⁵⁵, o que diferencia o direito da ética é a existência de sanções coercitivas e a conexão do direito com o poder político do Estado e das instituições internacionais. No estudo do biodireito, tal separação é muito tênue e interroga o autor se existe mesmo este novo ramo do direito, ou se na verdade o que existe, é o direito da bioética; se é o direito a consagrar as normas éticas que regerão o ordenamento jurídico ou as normas éticas que começam a ter valor no plano das leis.

De qualquer forma, o biodireito é o ramo do direito que estipulará quais valores são aceitáveis e quais conceitos bioéticos são aplicados para a legalização⁵⁶ ou a proibição de uma prática biotecnológica, tendo em vista que a verdade científica não poderá sobrepor-se ao direito e à ética⁵⁷.

⁵³ V. *O biodireito*, inserido na obra *Ética em cuidados de saúde*.

⁵⁴ O cientista e pesquisador René Frydman, já na década de oitenta, insistia na necessidade de haver uma limitação legal das novas pesquisas e afirmava que “os desafios ultrapassam largamente a nossa responsabilidade e as nossas competências...necessitamos que as instituições se pronunciem o mais urgentemente possível sobre a legalidade destas actividades”. Apud Mário Raposo. *Bioética e biodireito*, 1991, p. 36.

⁵⁵ *Bioética*, 2010, p. 22.

⁵⁶ O primeiro país a criar um conselho de bioética para orientar o legislador a criar leis que tratassem sobre questões trazidas pelo progresso tecnológico foi a França. Conselhos *ad-hoc* já haviam sido criados anteriormente, contudo, apenas para tratar de casos pontuais e pré-existentes. Mas com o grande volume de problemas surgidos, foi então o governo francês o pioneiro a ter a conscientização da necessidade de regulamentação do direito de valores bioéticos. NEVES, Maria Patrão, *op. cit.*, 2006, p. 294

⁵⁷ Castanheira Neves defende que a realização prático-jurisprudencial do direito deve postular uma ordem justa e “não tão-só uma organização eficaz”. Explica que o direito é uma categoria ética e não somente uma categoria científica, uma vez que sua racionalidade é maioritariamente “prático-axiológica e não tão-só técnico-intelectual”. Explica que estar “conforme o direito” traduz uma alternativa entre satisfação e segurança (“pelo mero acesso e fruição de bens consumíveis e exclusão de riscos”) e entre a dignidade e a responsabilidade (“pelo infuncional reconhecimento a cada homem da sua qualidade de sujeito ético, titular de direitos e não menos de deveres no encontro comunitário”). *O actual problema metodológico da realização do Direito*, 1991, p. 57 e 58.

Porém, é muito comum na biotecnologia não haver unanimidade sobre um conceito ou descoberta, o que faz que em determinados casos não haja uma verdade científica. A dificuldade em legislar quando conceitos básicos não são absolutamente certos e unânimes é enorme. A título de exemplo, a questão de haver ou não um pré-embrião: quando o embrião é formado e a partir de que momento possui características próprias da espécie humana? Quando sairá do mundo das coisas para pertencer ao mundo humano? Outras questões que geram dúvidas, na legalização ou proibição de práticas médicas, é a anencefalia (em relação à constatação da morte encefálica e a possibilidade de se realizar um aborto) e a determinação do conceito de morte (morte cerebral e eutanásia).

Como o direito se posiciona diante de tais questões fundamentais? Seria mais benéfico à sociedade uma omissão legislativa para não se cometer uma imprecisão e causar injustiças ou, por outro lado, legislar de acordo com a adaptação dos possíveis conceitos científicos que mais se adequem ao Estado⁵⁸?

Não parece que a omissão legislativa possa trazer mais benefícios à sociedade, ao contrário, causaria mais insegurança jurídica, uma vez que surgiriam imensos processos judiciais - muitas vezes sobre a mesma questão - e teriam os juízes que manifestarem-se de acordo com suas convicções e pelo uso de princípios constitucionais. Neste caso de “criativismo judicial”⁵⁹, sendo o assunto imensamente polêmico, seria inevitável surgirem decisões absolutamente contraditórias dentro de uma mesma região.

Desta feita, ainda que não haja consenso, nem mesmo científico, sobre as várias questões trazidas pela própria ciência, não pode o legislador se escusar de legislar em

⁵⁸ Maria Auxiliadora Minahim defende que “o direito, diante de tantas nuances, dispõe de duas alternativas: esperar por dados mais precisos e consensuados do mundo das ciências naturais antes de prescrever condutas, evitando transpor, assim, para a norma as suas incertezas, ou pode construir seus próprios conceitos, valendo-se de outros critérios para designar os seres que devem ser objeto das preocupações do direito penal.”. *Explica que a liberdade de estipulação traz consigo o risco de aplicação arbitrária do direito e “quanto maior a vinculação ao fenômeno empírico, maior a segurança jurídica”*. V. *Função do Direito na Disciplina da Pesquisa e Prática Biomédicas, in Bioética ou Bioéticas na evolução das sociedades*, 2006, p.158-160. Neste sentido, os Estados Unidos estão relutantes na regulação de casos de reprodução assistida, pelas incertezas trazidas pelas rápidas mudanças científicas. “*US reluctance to regulate may be due to the highly charged debate concerning the status of human embryos and the desire to avoid regulation in areas of rapid technological change...*”. GLENNON, Theresa, *in Regulation of Reproductive Decision-making*, inserido na obra *Regulating Autonomy-Sex, Reproduction and Family*, 2009, p. 150.

⁵⁹ V. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, 2012, p. 73 e ss.

biodireito. A refletir sobre o exemplo anterior, se a lei portuguesa fosse omissa quanto à possibilidade de ser permitido ou não o uso da maternidade de substituição, a deontologia da classe médica prevaleceria e a prática poderia ser realizada em Portugal.

Ainda com relação aos valores que acabam por fundamentar uma lei, ponto crítico e sempre presente nos debates bioéticos é a religião, precipuamente com relação à criação e manipulação da vida humana.

Os valores religiosos não podem exclusivamente determinar o comportamento de uma sociedade, mesmo porque não são unânimes. Todavia, isso não significa que devam ser (ou que possam ser) absolutamente ignorados.

Mesmo em Estados laicos, como Portugal⁶⁰, os valores morais são considerados na elaboração das normas. Ser um Estado neutro não significa ignorar os valores e crenças de um povo, mas sim respeitar as diferenças e adequar a lei para garantir direitos e limitá-los, na medida da tradição e de valores mínimos aceites ao menos por uma maioria imparcial e não radical da população⁶¹.

Como sustenta Maria Benedita Urbano, “*os árbitros dos valores não são já o monarca ou a igreja*”⁶², nem tampouco os políticos e o parlamento podem impor sua opinião pessoal e conceitos pessoais de âmbito moral. O político é aquele, que nas sociedades democráticas, detém legitimidade para representar a vontade dos cidadãos (“democracia ética”).

Desta feita, diante dos novos conceitos científicos e dos valores à eles atribuídos por uma sociedade democrática, devem ser emanadas as normas que possam cuidar da regulação da manipulação da vida humana.

Dentro de tantas questões suscitadas pela bioética e pelo biodireito, o foco principal deste trabalho é a análise de uma das formas de procriação medicamente assistida, aquela que é realizada *post mortem* (expressão latina que significa “depois da morte”).

⁶⁰ Após o 24 de abril de 1974 foi consolidada a separação entre o Estado e a igreja. Estabelece o artigo 41.º, item 4, da Constituição da República Portuguesa, que “*As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto*”.

⁶¹ Segundo Fortunato Freni, o Estado deve ater-se ao princípio da não identificação, tutelado na constituição italiana e assume que muitas vezes é difícil separar a religião da ética do direito. Ressalta, ainda, que “*laicità non si contrappone ad eticità o religiosità, come se fosse sinonimo di neutralità. La laicità non è una cultura contrapposta alle tante culture, ma è la sede del dialogo fra tutte le culture*”. *La laicità nel Biodiritto*, 2012, p. 395.

⁶² *Cidadania para uma democracia ética*, 2007, p. 521.

Antes de ingressar nas discussão de como o biodireito a regula (ou não), importante destacar sua conceituação e principais características.

1.2 Conceito, tipos e polêmicas da procriação *post mortem*

A medicina reprodutiva possui muitas possibilidades, de início muito lucrativas, de realizar a vontade de pessoas a terem filhos. Através do tratamento do estéril, da utilização de material genético de terceiros, da gestação por substituição, da fertilização *in vitro* (FIV), da paternidade gerada após a morte do pai; são muitas as hipóteses de manipulação e criação da vida humana através da procriação medicamente assistida⁶³.

Quando consideramos o uso de técnicas muito controversas como a maternidade de substituição⁶⁴ ou a reprodução heteróloga⁶⁵, ainda assim podem ser recebidas com mais aceitação o fato de duas pessoas buscarem o tratamento para a infertilidade. Quando duas pessoas⁶⁶ procuram meios artificiais para dar continuidade à família, essa vontade, ainda que muito polêmica, é percebida mais facilmente (ou com um pouco menos de reprovação social).

Mas e quando é somente uma mulher? Uma mulher que acabara de perder seu companheiro numa fase em que buscavam a formação de uma prole por métodos artificiais, como a sociedade deve reagir à essa possibilidade? Até onde vai o limite do

⁶³ Nas palavras de Maria Patrão Neves, “a tecnociência esforça-se por nos fazer acreditar que para tudo há uma solução e espanta-nos (e por vezes indigna-nos) com as suas proezas: mães pós-menopáusicas, filhos que nascem anos depois do pai morrer, mulheres que são simultaneamente avós e mães de uma criança, crianças com três mães (genética, gestacional e biológica), pais e mães biológicos e sociais à compita, etc. Mas o importante é discernir o que de essencial traz o progresso registado para a felicidade, a saúde e o bem-estar do comum das pessoas, e aceitá-lo com júbilo, ao mesmo tempo que se rejeita e se exige a interdição legal do que se opõe à dignidade e proporciona infelicidade ao ser humano”. *Bioética Simples*, 2007, p. 140.

⁶⁴ No espaço europeu, os únicos que possuem autorização expressa por lei são o Reino Unido e a Grécia. RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, 2005, p. 101.

⁶⁵ Reprodução heteróloga é aquela em que é usado material genético de um terceiro, nos casos em que a infertilidade da mulher, do homem ou de ambos é “mascarada” pela utilização do material genético de um doador. Ocorre nos casos em que são utilizados espermatozoides e/ou ovócitos de doadores em decorrência da infertilidade, fazendo com que os genitores não sejam aqueles geneticamente vinculados à criança. Pode ser feita *in vivo* ou *in vitro*. SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica*, 2009, p. 599 e 600.

⁶⁶ O artigo 6.º da Lei 32/2006 estabelece quem pode beneficiar-se das técnicas de PMA, restringindo seu uso à um casal ou às pessoas de sexo diferente que vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.

sonho de se ter um filho⁶⁷? E a quem compete o alto preço a se pagar: a quem pretende ter o filho, às seguradoras privadas de saúde ou ao Estado (alegando-se o direito à saúde em razão da infertilidade)?

A reprodução humana medicamente assistida *post mortem* assenta-se na vontade feminina de gerar um filho após o falecimento do seu marido ou companheiro⁶⁸. Questiona-se o que fazer com o material genético criopreservado dos beneficiários de técnicas de reprodução assistida homóloga que venham a falecer. Admitir-se-á seu uso por familiares? Poderá ser doado para terceiros ou deverá ser destruído? Até onde pode ir o direito da mulher de formar uma família⁶⁹, a liberdade e a dignidade da pessoa humana?

Não existe unanimidade social, religiosa, nem tampouco jurídica sobre a inseminação póstuma. Há ordenamentos jurídicos que admitem apenas certos tipos e sob certas condições (Portugal, Espanha, Holanda, Grécia, Reino Unido⁷⁰, Bélgica, Estônia⁷¹ e Estados Unidos⁷²), outros que terminantemente a proíbem (França⁷³, Alemanha⁷⁴, Itália⁷⁵,

⁶⁷ Explana Maria Patrão Neves, no artigo *A infertilidade e o desejo de procriar*, in *A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, págs. 77 e ss., que não é por egoísmo nem por necessidade que alguém busca por um filho. Afirma que é por “desejo”, que é ao mesmo tempo uma constatação da finitude do homem e da sua capacidade de “se transcender”. O desejo de procriar não é satisfeito e não se finda meramente com a chegada da criança, pois sua “*presença não esgota a dimensão de alteridade da relação que, como tal, não deixa de se manter transcendente. Deste modo, a infertilidade é apenas a frustração de uma modalidade do desejo ainda que constitua sempre o recordar pungente da finitude do homem*”.

⁶⁸ A doutrina suscita a possibilidade do caso oposto, ou seja, a morte do elemento feminino e a pretensão do homem em utilizar seu material genético para fins de procriação. Este caso, muito mais complexo e ainda mais controverso, exigiria uma maternidade de substituição, o que é proibido na legislação portuguesa e não será analisado no presente estudo.

⁶⁹ Para Mgr. Pierre d'Ornellas, “*o desejo legítimo da criança não é o direito à criança-objeto. Pela mesma razão que não se deve fabricar embriões para investigação e tratamento, não é legítimo iniciar uma gravidez sem outro fim que não seja o bem da própria criança*”. Todavia, questiona-se: o que fazer com o embrião já formado? Seria mais ético descartá-lo? *Bioética - Contributos para um diálogo*, 2008, p. 126.

⁷⁰ Na Inglaterra, só haverá o direito sucessório da criança, se houver documento expresso concedendo-o. PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>.

⁷¹ O material genético masculino poderá ser utilizado até um mês após a morte, em casos de tratamento artificial já em curso. *Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report*, p.2360. Com acesso em julho de 2014, disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/20/8/2359.full.pdf>.

⁷² O Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, estipulou em 1997 que “*se um indivíduo determina que gametas e embriões congelados possam ser utilizados após a sua morte pela esposa, seria apropriado atender essa determinação*”. De acordo com a *Human Fertilization and Embryology Authority*, quando há o consentimento prévio, admite-se o uso de gametas ou embriões após a morte (o que inclui os três tipos de reprodução *post mortem*). COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*, 2013, com acesso em janeiro de 2014, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucess%C3%B3rios>

⁷³ Em França há disposição legal no sentido de que o consentimento dado em vida perde o efeito após a morte e que o casal deve estar vivo para o uso da PMA. Artigo 152, 2, L. 94-654: “*L’homme et la femme formant le couple doivent être vivant*”.

Suécia⁷⁶, Canadá⁷⁷, Austrália⁷⁸, Hungria⁷⁹ e Eslovênia⁸⁰) e muitos outros que nada dizem a respeito (como o Brasil, por exemplo, que apesar de conter algumas disposições no Código Civil, não possui uma lei específica para técnicas de reprodução assistida. Para resolver as questões jurídicas que advêm de tais técnicas, o judiciário utiliza como fonte uma diretiva do Conselho Federal de Medicina)⁸¹.

Com relação aos tipos, a PMA *post mortem* poderá assumir a forma de inseminação, fertilização ou transferência embrionária⁸². Essas três modalidades são divididas pelo momento e método da formação do embrião.

Nas duas primeiras modalidades a formação do embrião só é concretizada após o falecimento do homem, ou seja, houve a recolha do material genético e só há a união dos gametas feminino e masculino, e a conseqüente formação do embrião, após a morte do “pai”. A fertilização *post mortem* ocorre quando o material masculino é injetado diretamente no corpo da mulher, é a chamada reprodução *in vivo*. Já a inseminação, ao contrário, ocorre quando há a formação do embrião *in vitro*, pela união artificial dos gametas em proveta e posterior inserção no corpo da mulher.

⁷⁴ “Il divieto di fecondazione con sperma crioconservato dopo la morte dell'uomo...risulti pregiudizievole al benessere del bambino stesso”. Tradução livre: A proibição da fertilização após a morte do homem com sêmen criopreservado...é prejudicial para o bem-estar da criança. ARNOLD, Rainer Arnold. *Questione giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, inserido em *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, 2006, p. 17. A proibição da PMA póstuma na legislação alemã está inserida na Lei de Proteção do Embrião (*Embryonenschutzgesetz.*), par. 4, al. 1, n. 3.

⁷⁵ O artigo 5.º, da Lei n.º 40 de 2004, determina que apenas podem ter acesso às técnicas de PMA duas pessoas maiores de idade. SILVA, Paula Martinho da. COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, 2011, p. 117.

⁷⁶ V. *Ethics of postmortem sperm retrieval - Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state*, Oxford Journals, Medicine & Health, Human Reproduction, Volume 15, Issue 4, p. 739-745, disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/15/4/739.long>, com acesso em dezembro de 2013.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Proibido pela Seção 43 do Ato de Tratamento de Infertilidade de 1995, que veda a utilização de material genético e embrião após a morte. *Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective*. Disponível em: <http://www.jaypeejournals.com/eJournals/ShowText.aspx?ID=992&Type=FREE&TYP=TOP&IN= eJournal/images/JPLOGO.gif&IID=86&isPDF=NO>, com acesso em agosto de 2014.

⁷⁹ *Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report*, p.2360. Com acesso em julho de 2014, disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/20/8/2359.full.pdf>.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ SANTOS, Natália Batistuci. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Op. cit.*, 2007, p. 253-278.

⁸² RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*. Lex Medicinæ, 2010, p. 81-94.

Em tais hipóteses, de formação do embrião após a morte do “pai”, a tendência mundial é de proibição⁸³.

Por outro lado, na transferência embrionária (3ª modalidade), o embrião foi formado *in vitro* por um tratamento de procriação medicamente assistida homóloga, com o elemento masculino ainda vivo. Neste caso, houve o consentimento paterno em vida para a formação do embrião e este foi realizado, sem contudo, ser inserido na mulher antes da morte do genitor. Somente esta possibilidade é admitida na maioria dos países, inclusive em Portugal.

Diante de tais hipóteses várias dúvidas éticas, morais e jurídicas são aventadas, com relação aos direitos da mulher, do homem morto e, principalmente, da criança a ser gerada.

Os principais argumentos jurídicos contrários à inseminação (termo utilizado em sentido genérico, a incluir as três modalidades), são a proteção da pessoa a ser gerada (princípio da proteção integral da criança⁸⁴ e seu direito de personalidade) e a finalidade terapêutica dos procedimentos de reprodução medicamente assistida.

Alegam-se uma afronta ao direito à identidade pessoal da criança a nascer por lhe ser previamente negado o direito de possuir um pai⁸⁵, bem como o direito à biparentalidade; direitos tais analisados a seguir com mais cautela.

Com relação à finalidade terapêutica, apenas alguns países (v.g., a França), admitem o acesso à procedimentos artificiais de reprodução para a superação de uma limitação física (infertilidade) de um casal. Isto posto, falecida uma das partes interessadas na inseminação, extingue-se o direito à realizá-la e mesmo o consentimento prévio para utilização póstuma é desconsiderado⁸⁶.

Entretanto, há de ser igualmente analisada a função terapêutica pelo ponto de vista da mulher. Se ela procurou os meios artificiais para poder superar uma infertilidade e ter

⁸³ Ordenamento jurídico divergente é o espanhol, que prevê no artigo 9º da Lei 14/2006, a possibilidade de inseminação *post mortem* desde que haja o consentimento prévio por escrito do marido. RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. *Ibidem*, p. 93. Lei disponível em http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292, com acesso em julho de 2014.

⁸⁴ A nomenclatura “Princípio da Proteção Integral” é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, que está em sintonia com a disposição do artigo 69.º da CRP.

⁸⁵ “*Esta procriação post mortem conduz a um órfão predestinado a sê-lo...*”. NEVES, Maria do Céu Patrão. *Bioética Simples*, 2007, p.137.

⁸⁶ SANTOS, Natália Batistuci. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Op. cit.*, 2007, p. 253-278.

um filho, mesmo tendo ocorrida a morte do seu companheiro neste ínterim, continua a ser válida a função terapêutica. O argumento de não mais haver tal finalidade não pode ser considerado⁸⁷. Isto porque a limitação física da infertilidade é também da mulher e persiste após e a morte do seu companheiro, o que não invalida a função terapêutica do procedimento.

Consolidado o objetivo terapêutico da PMA póstuma, outro o ponto primordial que deve sempre ser considerado nos países que a admitem, é o consentimento⁸⁸ prévio informado ou esclarecido (terminologia mais utilizada em França e Alemanha⁸⁹).

Eduardo de Oliveira Leite⁹⁰ utiliza o “Termo de Consentimento Adequado”, que deve ser a concordância expressa por quem possui plena capacidade civil e está a agir sem manipulação, coação ou qualquer outro vício que tornaria o consentimento nulo. Deve ser previamente informado pelo médico de todos riscos, consequências e benefícios que envolvem a concordância com o procedimento.

O consentimento da mulher em todas as hipóteses de PMA é sempre fundamental. Há, inclusive, a tipificação no artigo 168.º do Código Penal, que prevê a pena de um a oito anos de prisão para quem praticar ato de procriação artificial em mulher sem o seu consentimento. Anabela Rodrigues⁹¹ ressalta que a tipificação penal quanto à falta de consentimento foi estendida ao homem, que teve sua liberdade negativa (de não querer ser pai) salvaguardada no artigo 42.º da Lei 32/2006. Prevê a lei, a mesma pena de prisão de um a oito anos, para quem recolher e utilizar material genético masculino sem seu consentimento.

⁸⁷ “...quando a infertilidade constitui uma doença, a PMA representa um tratamento e aceita-se universalmente que se justificam os tratamentos eficazes de uma doença, mesmo quando invasivos da intimidade e privacidade dos pacientes, desde que estes tenham dado o seu acordo (consentimento informado)”. NEVES, Maria do Céu Patrão, *op. cit.*, 2007, p.133.

⁸⁸ “The value of life is primarily (although not exclusive) the value it has for that person. Best interests standard, properly so called, is tantamount to acknowledging that we have to decide in marginal cases what a patient’s welfare interests are at the moment, not what they would have chosen in some imaginary possible world.”. BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James. *Op. cit.*, 1994, p.180.

⁸⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 484.

⁹⁰ V. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 1995, p. 20 e ss. e p. 105.

⁹¹ *Procriação artificial não consentida: anotação ao artigo 168.º*, inserido na obra *Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, Tomo I*, 2012, dirigido por Jorge Figueiredo, p. 782.

Mas e na PMA póstuma, até onde deve ser tutelado o consentimento masculino?

Alfredo Domingues Barbosa Migliore, ao citar Cunha Gonçalves, defende o valor do consentimento expresso para a reprodução *post mortem* e ressalta que a destruição da personalidade com a morte não impede que ela continue a produzir certos efeitos⁹².

Uma PMA *post mortem* realizada sem a concordância expressa e consciente do “pai” falecido pode atentar contra sua integridade física e moral, bem como contra sua dignidade⁹³. Ademais, pode ser concebida como uma tentativa da mulher para beneficiar-se de direitos sucessórios através do filho a ser gerado⁹⁴.

Neste sentido de proteção da dignidade, a disposição do Código Civil em seus artigos 1853.º, b e 1854.º, sobre a perfilhação *post mortem* feita por testamento.

João Carlos Loureiro defende que há efeitos póstumos da dignidade humana, sendo que uma dimensão da autonomia da vontade opera mesmo após a morte (assim como nos testamentos e na doação do cadáver para fins científicos). Em uma “*construção bidimensional dos direitos fundamentais*”⁹⁵, explica que as decisões tomadas em vida devam ser tuteladas após a morte, mesmo com a cessação da titularidade de direitos fundamentais.

André Gonçalo Dias Pereira⁹⁶ explica que, mesmo com a cessação da personalidade jurídica pela morte, há a tutela jurídica de algumas “*dimensões do respeito devido aos mortos e à sua memória*” (bens juridicamente protegidos), que permanecem em respeito à dignidade humana.

Em Portugal, tal matéria é regulada Lei n.º 32/2006. Segundo seu artigo 14.º, os beneficiários da PMA devem consentir de forma expressa e por escrito, de forma livre e

⁹² “*Em outras situações inegáveis, como em um testamento, a vontade do morto subsiste e predomina até o ponto de ser preciso investigá-la nos casos duvidosos*”. MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbos. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, 2009, p. 119.

⁹³ O Tribunal Constitucional já proferiu várias decisões no sentido de afirmar que a dignidade humana perdura mesmo após a morte. RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade - O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Vol. II, 2012, p.121.

⁹⁴ Tais argumentos são trazidos por Vera Lúcia Raposo, que os refuta em alguns casos. Exemplifica com a hipótese de um casal estar a submeter-se ao tratamento médico de fertilização *in vitro* e inesperadamente o elemento masculino morre. Para a autora, neste caso, a falta de consentimento prévio para uso póstumo dos embriões não impede que a mulher utilize, uma vez que considera que cabe à parte sobrevivente dispor sobre os embriões que à ela pertencem e que o consentimento estaria presumido pela vontade manifestada em vida de gerar uma criança. *Op. cit.*, Vol.II,2012, p. 125 e ss.

⁹⁵ *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 712.

⁹⁶ *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p. 276 e ss.

perante o médico responsável⁹⁷. Anteriormente, deverão ser alertados por escrito de todos os riscos, benefícios e implicações éticas, sociais e jurídicas. O artigo 22.º, 3, determina a necessidade de consentimento escrito para a realização da transferência *post mortem*.

De acordo com o artigo 14.º, 3, os modelos de consentimento informado deverão ser fiscalizados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida-CNPMA⁹⁸.

Contudo, tais modelos em vigor atualmente em Portugal, não determinam o questionamento prévio ao paciente sobre o que fazer com o material genético ou com os embriões se lhe sobrevier a morte antes de ocorrer a transferência à mulher⁹⁹.

Uma interessante observação é feita por Vera Lúcia Raposo, no tange ao consentimento¹⁰⁰. Quando o casal inicia um procedimento médico de reprodução artificial necessita, como demonstrado, consenti-lo expressa e previamente. Para que não houvessem dúvidas posteriores, neste momento inicial do tratamento, deveria ser obrigatório por lei o homem consentir ou não com a transferência embrionária póstuma, no caso de, no curso do procedimento e depois da fecundação *in vitro*, ocorresse sua morte. Se neste ato o elemento masculino não consentisse com a transferência, não teria tanta polémica após a morte superveniente.

Além disso, outra questão a ser analisada é o poder de decisão da parte sobrevivente. Quais são os limites de ação da mulher?

Para Vera Lúcia Raposo¹⁰¹, ainda que não haja o consentimento para a transferência póstuma, quando o homem consentiu com a formação deste embrião, já concordou com o nascimento e exerceu seu direito reprodutivo, sendo que sua morte é uma “vicissitude” ocorrida e não pode impedir que a mulher usufrua do seu direito, sendo que o embrião é igualmente dela¹⁰². Tal posição é a da legislação espanhola, que permite a

⁹⁷ Sobre consentimento, v. André Gonçalo Dias Pereira in *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica e O consentimento informado na experiência europeia*.

⁹⁸ André Gonçalo Dias Pereira ressalta a necessidade de controle formal e material dos formulários para prestação de consentimento. Só através de uma rígida fiscalização serão suprimidas as cláusulas abusivas, “bem como aquelas que não foram comunicadas ou devidamente esclarecidas, e dessa forma fazer valer o axioma ontológico do nosso ordenamento jurídico: a dignidade humana”. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*, 2000, p. 467.

⁹⁹ V. todos modelos dos termos de consentimento informado, que constam no site do CNPMA, disponíveis em http://www.cnpma.org.pt/profissionais_modelos.aspx, com acesso em maio de 2014.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 128.

¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida*, 2006, p. 89-104.

¹⁰² *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 125.

presunção do consentimento para utilização póstuma, quando ouve a formação do embrião com o consentimento do elemento masculino ainda vivo¹⁰³.

É interessante o raciocínio de defesa da dignidade humana do embrião ao permiti-lo nascer pela transferência póstuma, em detrimento do consentimento do “pai” (no sentido de que a proteção de uma vida em potencial prevaleceria).

Todavia, o que deve prevalecer é a proteção da criança. Se já é complexo o nascimento de uma criança previamente órfã, mas que foi fruto de um projeto parental cuidadosamente planejado, pior seria para esta criança saber que nasceu à revelia da vontade do pai.

Tal questão é perturbadora, uma vez que admitir isso é admitir a possível destruição do embrião. Contudo, diante do desconhecimento dos efeitos que tal técnica pode causar, no estágio atual da tecnologia e da psicologia, resta temerária a transferência póstuma sem o consentimento paterno, além do fato de ser ofensivo à dignidade e integridade do elemento masculino morto.

A transferência *post mortem* é uma prática que, para ser efetivada, deve demonstrar que o casal que a procurou estava seguro de ter um filho, e com o consentimento masculino ela poderia realizar-se após sua morte. Ignorar a negativa do “pai” e realizar a transferência à sua revelia parece um tanto impensado, e de tudo que foi analisado, não demonstra ser a melhor hipótese.

Superada então a necessidade do consentimento, caso a mulher não quisesse realizar a PMA póstuma, poderia ela doar os embriões para que outra pessoa (ou outro casal) se beneficiasse? Poderia doá-los para investigações científicas ou os embriões teriam que obrigatoriamente ser destruídos?

Determina o artigo 22.º, 3, da mesma Lei 32/2006, que após a morte do dador de espermatozoides, estes deverão ser destruídos, uma vez que não se permitem os casos de fecundação ou inseminação (sentido estrito) *post mortem*. Nos casos em que já houve a formação do embrião, como parece ser mais justo, bem determina o artigo 25.º, que cabe ao beneficiário sobrevivente decidir se o embrião será doado para outro casal, para investigação científica ou se será destruído.

¹⁰³ Lei 14/2006, “Artículo 9. *Premoriencia del marido. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido*”. Disponível em http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

Este mesmo dilema, sobre o que fazer com o embrião após a morte, poderá ser levantado nos países que não admitem a prática *post mortem*. Neste caso, a opção de destruição ou de doar (para outro casal ou para experimentação), poderia ser da parte sobrevivente ou seria uma imposição estatal de destruição do embrião¹⁰⁴?

Resta claro que o Estado necessita regulamentar, mas o mínimo de autonomia, mesmo em um ordenamento jurídico rígido, deve ser dada. A opção de decidir se será doado ou destruído, não deveria caber a mais ninguém senão à parte sobrevivente¹⁰⁵.

Desta forma, diante de tantas questões trazidas pelas PMA *post mortem*, parece inviável não haver uma regulação estatal detalhada para a utilização dos procedimentos de procriação assistida, de forma a proteger os interesses de toda a sociedade. Ao Estado cabe a função de trazer paz, segurança jurídica e social para as situações mais polêmicas e difíceis, principalmente ao se tratar da vida humana e da proteção das futuras gerações.

1.3 Case studies da União Europeia

Antes de ingressar em uma análise mais aprofundada dos valores fundamentais envolvidos, cabe refletir sobre alguns casos mais emblemáticos na União Europeia sobre o uso da reprodução *post mortem*.

O primeiro caso de discussão judicial para realização da procriação *post mortem* ocorreu em França, em 1981, e é conhecido por *Affair Parpalaix*¹⁰⁶. Alain Parpalaix resolveu congelar seu sêmen antes de ser submetido a tratamento quimioterápico que o poderia deixar estéril. Entretanto, com seu falecimento dois anos depois, a viúva e seus sogros solicitaram ao CECOS (*Centre d'Étude et de Conservation de loeuf et du Sperm Humain*) que o material lhes fosse devolvido para a finalidade de realizar a inseminação.

O pedido foi negado pelo CECOS e iniciou-se uma polêmica disputa judicial, amplamente divulgada pela mídia.

Alegava a autora que, mesmo não havendo consentimento expresso, havia o tácito, uma vez que o casamento foi realizado poucos dias antes do falecimento e os pais

¹⁰⁴ Elio Sgreccia defende que, apesar de a doação do embrião ser a única forma de dar uma esperança de vida ao embrião (e o reconhecimento jurídico de sua humanidade), tal prática deve ser vedada pois, ainda que de forma indireta, acaba por incentivar a continuidade da formação de embriões excedentários. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, 2009, p. 655.

¹⁰⁵ Para Vera Lúcia Raposo não seria correta tamanha ingerência estatal. Sendo a prática vedada, só a mulher poderia decidir o destino final do seu embrião. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 126.

dele apoiavam a inseminação. Ademais, foi aventada a tese jurídica de que a criopreservação do material genético do marido era um contrato de depósito e falecido seu dador, cabia à ela, legítima herdeira, ter acesso ao mesmo.

O CECOS sustentava que o espermatozóide não era um objeto suscetível de contrato de depósito, por ser uma coisa fora de comércio, bem como a falta de permissivo legal para a realização da inseminação *post mortem*. Seu fundamento era no sentido de que possuía um contrato de prestação de serviço de saúde com Alain Parpalaix e que, após a sua morte, seria extinta a obrigação terapêutica que os vinculava contratualmente.

Dois anos após, em 1984, o Tribunal de Créteil deu procedência ao pedido e condenou o CECOS a entregar o material genético à autora, para que dispusesse dele como pretendesse. Destaca-se a falta de manifestação do tribunal pela realização da inseminação, tampouco sobre direitos sucessórios, apenas com relação ao contrato de depósito realizado com o CECOS e a quem pertencia o material genético após a morte do seu dador¹⁰⁷.

Considerou que houve um contrato *sui generis* com fins terapêuticos, pois o material genético não poderia ser objeto suscetível de um contrato de depósito.

Entretanto, mesmo com a decisão, a inseminação póstuma acabou por não ser realizada pois, devido ao grande lapso temporal, o material criopreservado já não era mais apto a ser utilizado. Contudo, pelo ineditismo e grande publicidade, iniciou-se a discussão sobre inseminação *post mortem* e novos casos aparecerem pelo mundo¹⁰⁸.

Vale ressaltar que tal decisão acabou por gerar grande preocupação da comunidade jurídica em França, sendo que alguns anos depois, o mesmo Tribunal de Créteil proferiu outra sentença sobre inseminação póstuma, mas desta feita a negar o pedido de entrega do material genético¹⁰⁹.

Contraditoriamente, considerou o tribunal que havia ocorrido um contrato de depósito mas que não deveria ser entregue à herdeira o material genético, o que deveria ocorrer em um contrato de depósito comum. À época já existia legislação que estipulava que só poderia ser realizada uma técnica de PMA quando ambos os pais estivessem vivos.

¹⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 85.

¹⁰⁷ ALVES, Cristiane Avancini Alves, *A Conexão entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade in Bioética e Responsabilidade*, 2009, p. 132 e 133.

¹⁰⁸ SHAPIRO, E. Donald. SONNENBLICK, Benedene. *Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination*, p. 233.

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 1995, p. 235 e 236.

O ordenamento jurídico francês atualmente proíbe a realização da PMA *post mortem*¹¹⁰ e o consentimento dado em vida perde o valor com a morte.

Outra decisão marcante e com grande repercussão nos meios de comunicação, que incluiu a discussão sobre direitos entre os países da União Europeia, ocorreu na Inglaterra e ficou conhecido como *Case Blood*.

Em 1997, o casal Blood iniciou tratamento de reprodução assistida sendo que, antes do Sr. Blood deixar o termo de consentimento expresso para realização de fecundação *in vitro*, entrou em coma. Rapidamente, a Sra. Blood deu ordem para que seu sêmen fosse extraído, o que acabou por acontecer. Entretanto, sobreveio a morte e iniciou-se a batalha judicial para que a inseminação fosse realizada.

O processo correu desde o início com o parecer negativo da *Human Fertilization Embryology Authority* (autoridade inglesa responsável por supervisionar casos de PMA), que lhe negava a inseminação pela falta de consentimento expresso, conforme necessidade prescrita em lei.

O caso chegou ao *High Court* e o argumento da Sra. Blood era no sentido de que o regime comunitário europeu permitia a livre prestação de serviço entre seus cidadãos, bem como o livre acesso dos europeus a tratamentos de saúde na União Europeia. O Tribunal de Justiça da União Europeia já havia manifestado-se anteriormente que a livre prestação de serviços não abrange somente seu prestador, como também a quem o pretende usufruir. Postulava, então, levar o material genético para a Bélgica, onde a fecundação póstuma era permitida.

A *Human Fertilization Embryology Authority* alegava que tal argumento era uma tentativa de fraude à legislação inglesa.

Ao final, o *High Court* não considerou viável o direito comunitário infringir uma lei inglesa e indeferiu ao pedido. Contudo, o *Court of Appeal* deu procedência ao argumento da requerente e concedeu autorização para transportar o material genético para a Bélgica. O procedimento saiu conforme as expectativas da requerente, que hoje é mãe de dois filhos, um nascido em 1998 e o outro em 2002.

¹¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p.124.

Atualmente, no Reino Unido, é permitida a transferência *post mortem* com o cumprimento de certos requisitos impostos¹¹¹.

Desta feita, são estes os casos pioneiros de discussão judicial acerca da procriação póstuma. E para além da falta de consenso e dos muitos problemas éticos e jurídicos que surgem com esta prática, cabe a análise dos direitos fundamentais que à tal técnica estão relacionados.

¹¹¹ Mary Warnock ao referir-se ao *Case Blood* concorda com a decisão tomada e a possibilidade da inseminação póstuma. “*I, being a posthumous child myself, took a more lenient view*”. *Making Babies – Is there a right to have children?*. Oxford, 2002, p. 5.

CAPÍTULO II

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TRANSFERÊNCIA *POST MORTEM*

“A tecnologia, como produto do homem, e as suas utilizações, comungam do seu carácter contraditório, de serem simultaneamente luzes e trevas, suprimimento e causa da fragilidade individual e da espécie. Assim, a questão da fragilidade solicita o direito e, de um modo especial, o direito constitucional.” João Carlos Loureiro¹¹²

2.1 Os direitos fundamentais na CRP e a bioconstituição

Conforme exposto no Capítulo I, a bioética e o biodireito possuem um carácter interdisciplinar e transversal muito grande.

É importante analisar de que forma o direito atual, através de ações (ordenamento jurídico) e omissões, pode influenciar nas gerações presentes e futuras, bem como sua tutela constitucional de dignidade e igualdade, na problemática da PMA *post mortem*.

Resta notório que os princípios constitucionais e direitos fundamentais devem ser aplicados e observados para regerem as novas relações jurídicas surgidas com o aparecimento de novas tecnologias¹¹³.

Boaventura de Sousa Santos expõe a discrepância entre as declarações de direitos humanos e a vida quotidiana dos cidadãos. Explica a necessidade do direito ser consciente da sua “condição humana” e haver uma análise mais sociológica quando da elaboração de instrumentos que façam todos terem acesso aos direitos fundamentais¹¹⁴.

¹¹² *Constituição e Biomedicina – Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. I, 2012, p.49.

¹¹³ “*Los problemas de la genética se relacionan, necesaria y entrañablemente, con el principio de la dignidad humana, con los derechos de la vida e la integridad física y moral de la persona, a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, al honor, a la intimidad, a la salud, a la vida sexual y a la reproducción, a la no sujeción forzada a experiencias médicas o científicas y a la constitución de la familia. Es decir, con una parte de la materia constitucional, del contenido actual de la gran mayoría de las constituciones – los derechos de la persona humana, sus deberes y su protección y garantía por el Estado a través del gobierno – y con lo que, en su diversidad, se ha incluido de manera gradual y evolutiva, dándole así una eminente jerarquía normativa en las Constituciones modernas*”. ESPIELL, Héctor Gros. *Constitución y Bioética*, 1988, p. 19.

¹¹⁴ “*O projecto da modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos. Temos agora de fazer o trajecto inverso: trivializar o direito e sacralizar os direitos*”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*, 1989, p. 9.

Vieira de Andrade ressalta que os direitos fundamentais são “*os pressupostos elementares de uma vida humana e digna, tanto para o indivíduo quanto para a comunidade*”¹¹⁵.

Direitos fundamentais nascem, necessariamente, de uma ação estatal que os consagrou, sendo o Estado igualmente sua fonte de limitação¹¹⁶.

A Constituição da República Portuguesa divide os direitos fundamentais em Direitos, Liberdades e Garantias¹¹⁷ e em Direitos Económicos, Sociais e Culturais, sendo que a análise pertinente no que concerne à bioética e ao biodireito no âmbito deste estudo, centra-se primordialmente na primeira hipótese.

Além disso, há os direitos fundamentais internacionais que possuem o valor jurídico de direito fundamental constitucional (art. 16.º, 1, da CRP), seja por constituírem um princípio de direito internacional ou por constar de convenções ratificadas e publicadas (art. 8.º, 1 e 2 da CRP)¹¹⁸.

Segundo Canotilho¹¹⁹, a constitucionalização dos direitos fundamentais faz com que estes recebam o carácter de “norma jurídica vinculativa” e o controle jurisdicional da constitucionalidade da legislação que regulará tais direitos.

A constitucionalização traz a estes direitos a fundamentalidade formal e material¹²⁰.

O aspecto formal faz com que tais normas estejam em um patamar superior na ordem jurídica: elas próprias constituem limites materiais para sua revisão (art. 288.º, *d e e*, da CRP), revisão esta que possui um procedimento agravado. Além disso, faz com que haja vinculatividade imediata das mesmas para quaisquer atos emanados pelo Poder Público (legislativo, executivo e judiciário).

¹¹⁵ “...o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.108.

¹¹⁶ V. Marcy Darnovsky, *Human Rights in a post-human future*, in *Rights and Liberties in the Biotech Age- Why we need a genetic Bill of Rights*, p. 209-215. Tal autora acentua que, o direito que todas as pessoas têm de nascer sem ser manipulada geneticamente, ecoa de formas diferentes pelo mundo e é, por exemplo, muito mais efetivo na Europa do que nos Estados Unidos.

¹¹⁷ V. FARINHA, João de Deus Pinheiro. *Tutela dos Direitos Fundamentais em Portugal*, 1994, p. 47.

¹¹⁸ ANDRADE, João Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2012, p. 39.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 378-379.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*.

A constatação de que o Estado possui seus valores primordiais nos direitos fundamentais faz surgir alguns aspectos da fundamentalidade material¹²¹.

Todavia, o aspecto material dos direitos fundamentais não se resume ao catálogo de direitos inseridos literalmente na CRP¹²² e aos de natureza análoga dispersos pela constituição¹²³. É impossível prever em uma constituição, de maneira taxativa e exhaustiva, todos os direitos fundamentais que alicerçam uma sociedade¹²⁴.

A abertura trazida pela CRP, que reconhece a existência de direitos que são materialmente constitucionais, entretanto, sem estarem formalmente previstos na constituição, está em seu artigo 16.º, 1, que dispõe que “*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”. Assim, é possível a aplicação de alguns aspectos formais a tais direitos que são apenas materiais, o que possibilita o surgimento de novos direitos fundamentais.

Tal abertura constitucional é de extrema importância, uma vez que permite ao Estado permanecer atual e renovar-se quando for necessário. A título de exemplo, diante da biotecnologia recente, a proibição de manipulação genética que tenha finalidade de eugenia. Nas palavras de Fernando Alves Correia, “*A Constituição não deve traduzir-se num código laboral da sociedade, sob pena de se converter em instrumento totalitário, que sufoca as forças sociais, ao amputar-lhe o espaço vital de actuação*”¹²⁵.

Segundo nos ensinam Canotilho e Vital Moreira, para um direito sem previsão constitucional poder ser considerado fundamental, este necessita assumir a mesma relevância, desde logo pela sua “*tradição ético-jurídica na consciência jurídica*”¹²⁶, que um direito fundamental formalmente estabelecido. Há de se ter cuidado com a segurança

¹²¹ De acordo com Vieira de Andrade, a fundamentalidade de um direito não corresponde à sua formalização no texto da constituição. Apesar de ser esta a presunção, há alguns direitos que, apesar de constarem do catálogo da CRP, referem-se, por exemplo, “*à organização do poder político, mas que, por uma questão de proximidade ou de oportunidade*” foram sistematizados no rol constitucional. Cita como exemplo os preceitos que consagram os direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar. *Op. cit.*, 2012, p. 74, 87 e ss.

¹²² *Ibidem*, p.73.

¹²³ Cf. Canotilho e Vital Moreira, os direitos constitucionais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, que não constam do catálogo expresso e estão dispersos na CRP, partilham do mesmo regime jurídico. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I*, 2007, p. 374.

¹²⁴ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, 2001, p. 313.

¹²⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Idem*.

¹²⁶ São os chamados “direitos materialmente constitucionais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2007, p. 365 e 366.

jurídica e para que não haja a proliferação e banalização de direitos, com discursos fundados essencialmente na dignidade da pessoa humana e nos direitos de personalidade.

Prevê a CRP, ademais, no n.º 2 do mesmo artigo, outra forma de alargamento dos direitos fundamentais, com a determinação da interpretação dos seus preceitos constitucionais e legais ser feita em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹²⁷.

Desta forma, importante ressaltar o papel da constituição na formação e desenvolvimento da bioética e do biodireito.

Especificamente quanto ao uso das técnicas de reprodução assistida, dispõe o artigo 67.º, 2, e, da CRP, que cabe ao Estado a regulamentação da “*procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”.

Tal proteção foi inserida na CRP pela LC n.º 1/97, e impõe ao Estado o dever de regular a matéria da procriação assistida em legislação infraconstitucional. Deste dispositivo pode-se concluir a permissiva constitucional da realização de tais práticas, sem, contudo, reconhecer o direito subjetivo de utilização de toda e qualquer técnica existente na reprodução artificial. Como ressalta Canotilho¹²⁸, *a priori* estão excluídas as formas de procriação que firam a dignidade humana, como clonagem e a eugenia¹²⁹.

A produção normativa no ramo do biodireito está, naturalmente, sempre atrasada em relação às imensas dúvidas trazidas pelos avanços tecnológicos. E diante de um caso concreto e de uma lacuna legislativa, a constituição desempenha papel preponderante ao traçar princípios norteadores à uma sociedade.

Assim sendo, surgem os termos “Bioética Constitucional”, “Biodireito Constitucional” ou “Bioconstituição”, que referem-se à tutela constitucional dada a este tema tão importante, seja por normas específicas ou princípios norteadores, que devem buscar primordialmente pela dignidade humana e proteção dos direitos fundamentais.

O país pioneiro na tutela constitucional em matéria de bioética foi a Suíça, em 1992. Atualmente, sua constituição conta com dispositivos introduzidos em 1999, que dispõem de princípios como a proibição do abuso do direito ao uso da medicina

¹²⁷ V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2007, p.368. Explicam os autores que, quando a interpretação conforme a DUDH for menos favorável aos direitos fundamentais, deve ser aplicado o “*princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado*”.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 859 e 860.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 567.

reprodutiva e engenharia genética, proibição da doação de embriões ou a maternidade de substituição. Estipula que o patrimônio germinal humano e embriões não são produtos comerciais e que toda pessoa tem direito de acesso a sua informação genética¹³⁰.

João Carlos Loureiro dispõe sobre a criação de uma bioconstituição, que seria uma constituição parcial no interior de uma dada constituição, identificando-se um “conjunto de normas relevantes” para determinada área do saber¹³¹. Entende que bioconstituição “...é a constituição da vida humana (*personocêntrica, mas não indiferente à tutela dos animais e da natureza*), dos seus pressupostos biológico-psíquico-espirituais, bem como das condições naturais, que são pressupostos da existência e da qualidade de vida humana”¹³².

Entende-se, desta forma, a bioconstituição, como o conjunto de normas (princípios e regras), materiais e formalmente constitucionais, que visam proteger a vida, a dignidade, a saúde e a integridade humana¹³³ das ações e omissões do Estado ou de entidades privadas¹³⁴. De acordo com o citado autor, esta tutela é em relação ao ser humano atual e futuro¹³⁵.

Consequentemente, a abertura constitucional faz com que os valores bioéticos sejam nela absorvidos e uma questão polêmica possa encontrar uma resposta. Entretanto, dada a enorme complexidade das dúvidas geradas pela tecnologia, a legislação infraconstitucional é de extrema importância para estipular detalhes essenciais, como mais adiante se verificará.

¹³⁰ V. ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Bioética na constituição mundial*, com acesso em março de 2014, disponível em <http://jus.com.br/artigos/6400/bioetica-na-constituicao-mundial>.

¹³¹ Define ainda, bioconstituição como sendo o “conjunto de normas (princípios e regras) formalmente e/ou materialmente constitucionais que têm como objecto omissões ou acções, do Estado ou de entidades privadas, visando fundamentalmente a protecção da vida e da integridade pessoal e a saúde da pessoa humana, actual ou vindoura, face às ameaças da biomedicina e dos riscos ambientais, bem como a promoção dessas actividades com o escopo de assegurar a realização desses bens. Integrará ainda a protecção (condicionada e no quadro de um paradigma personocêntrico e não bio- ou cosmocêntrico) do ecossistema, isto é, da vida animal, vegetativa e da Natureza, como pressuposto biológico da vida”. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 365 e 367.

¹³² *Ibidem*, p. 368.

¹³³ *O direito à identidade genética do ser humano*, 2000, p. 294 e *Constituição e Biomedicina - Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. I, 2003, p.575.

¹³⁴ José Alfredo de Oliveira Baracho *apud* Daury Cesar Fabriz, *in Bioética e Direitos Fundamentais – A bioconstituição como paradigma do direito*, 2003, p. 320.

¹³⁵ *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 367.

Desta forma, as normas de biodireito devem delimitar os poderes da biotecnologia e trazer “*transparência à ciência e a responsabilidade social de seus autores*”¹³⁶.

A liberdade de pesquisa científica pode (e deve) ser limitada e cabe ao Estado sua restrição quando for imprescindível para a preservação do próprio ser humano. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “*havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade da pessoa humana...*”¹³⁷.

Tais características dos direitos fundamentais remetem-nos à ideia de deveres fundamentais. Todavia, esta simetria aparente entre direitos e deveres fundamentais não ocorre na CRP. Não há um catálogo de “Deveres Fundamentais” assim como os direitos, mas sim “*deveres fundamentais de natureza pontual*”¹³⁸, que são baseados em uma norma constitucional ou em uma lei que possua autorização constitucional.

Desta forma, há deveres que são conexos com direitos fundamentais (v.g. o dever de educação dos filhos associado ao direito de educação dos pais – artigo 36.º, 5, da CRP) como também há deveres independentes, ou, de acordo com Vieira de Andrade¹³⁹, deveres fundamentais autônomos (como pagar impostos, dever de defesa da pátria, etc).

Como afirma Canotilho, tais deveres não constituem “*restrições ou limites iminentes*”¹⁴⁰ dos direitos fundamentais, são uma categoria constitucional independente. Cita como exemplo o dever de proteção do meio ambiente; tal dever não é uma restrição ao direito do ambiente.

Mas e no campo da bioética, qual seria o dever fundamental aplicável?

Haveria um dever genético que determinaria estarem os pais obrigados a trazer ao mundo um filho saudável? Vera Lúcia Raposo¹⁴¹ questiona até que ponto vai o direito à saúde de um filho e o dever dos pais de zelar pela saúde da sua prole. Casos de doenças e malformações que não possuem cura após o nascimento, mas que através da manipulação e terapia genética preventiva poderiam ser tratadas. Possuem os pais o dever de utilizar toda

¹³⁶ V. BRAUER, Maria Cláudia Crespo. *In Biotecnologia e Produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 180.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2006, p 8.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 532-533.

¹³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2012, p. 151-153.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 535.

¹⁴¹ *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 264.

a tecnologia para terem filhos saudáveis? Seria uma negligência parental e um direito subjetivo do filho?

A resposta negativa está presente no receio de Habermas da legitimação da eugenia.

João Carlos Loureiro¹⁴² ressalta que com as transformações trazidas pela genética humana, devem ser reconhecidos os deveres fundamentais em relação aos sujeitos não concebidos ou mesmo às gerações futuras. Ademais, prevê a possibilidade do surgimento de novos deveres na esfera biomédica.

Dentre tais deveres, exclui-se a obrigatoriedade do Estado de suportar custos das formas artificiais de procriação.

Segundo Canotilho e Vital Moreira¹⁴³, é aplicado o princípio da subsidiariedade. Não há como o Estado custear ou compartilhar dos custos dessa forma de procriação, uma vez que o uso de tais técnicas é feito de maneira subsidiária e a constituição não consagra o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais.

Apesar disso, já há uma maior previsão do Estado em colaborar com alguns tratamentos àqueles que necessitam e desejam utilizar as técnicas artificiais de procriação. Há uma Circular Normativa de 2011 da Administração Central do Sistema de Saúde, que dispõe sobre a tabela de preço para realização de procriação artificial e alguns tratamentos sobre infertilidade que são custeados pelo serviço público de saúde¹⁴⁴.

Além disso, há um despacho de 2008 do Ministério da Saúde que institui o “Projecto de Incentivos à Procriação Medicamente Assistida”¹⁴⁵ e relata a existência de significativas listas de espera para realização de procedimentos pelo Serviço Nacional de Saúde. Seu item 1, *a*, expõe que o objetivo é aproximar Portugal da “*produção média de tratamentos realizados na Europa*”¹⁴⁶.

Diante destas novas previsões para tratamento da infertilidade (talvez inseridas pelo contexto nacional de diminuição drástica da taxa de natalidade), o governo demonstra

¹⁴² *Genética, moínhos e gigantes: Quixote Revisitado. Deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina*, 2006, p.34.

¹⁴³ *Op. Cit.*, 2007, p. 860.

¹⁴⁴ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_CircularACSS_18_2011.pdf, com acesso em abril de 2014.

¹⁴⁵ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DespachoMS_14788_2008.pdf, com acesso em abril de 2014.

¹⁴⁶ Define, ainda, no item 1, outros objetivos, tais como: “*Favorecer a equidade no acesso e no financiamento da PMA; melhorar a regulação clínica dos tratamentos para a infertilidade; definir uma tabela homogénea de tratamentos da infertilidade; e gerar maior capacidade no sector público e organizar a oferta*”.

uma maior disponibilidade em contribuir para a realização das técnicas permitidas em lei. Contudo, ainda prevalece o princípio da subsidiariedade ressaltado.

Tendo em conta todas as considerações acima, a seguir são expostos os valores fundamentais mais discutidos pela doutrina, no sentido de justificar ou negar o uso da Procriação Medicamente Assistida *post mortem* e estabelecer os direitos e deveres gerados.

2.1.1 Personalidade, Constituição de Família e Planeamento Familiar

No que tange aos direitos de personalidade, estes estão dispostos no artigo 26.º da CRP, que tutela os demais direitos pessoais, anteriormente já previstos no Código Civil¹⁴⁷.

Entre eles está o direito ao desenvolvimento pessoal, disposto no item nº 1. Inserido na constituição na sua 4ª revisão, o direito ao desenvolvimento da personalidade constitui a formação livre da identidade de cada um, sem intervenção estatal, de acordo com a liberdade de ação e conforme suas próprias aspirações pessoais¹⁴⁸. São aqueles direitos subjetivos necessários para a realização e identificação da pessoa.

Conforme define Paulo Otero¹⁴⁹, a dimensão individual de identidade pessoal é aquela que marca a singularidade de cada ser humano, que enriquece a diversidade da raça humana e encontra sua principal tutela na proibição da clonagem (art. 7.º da Lei 32/2006).

Inserido neste direito está a liberdade de ter ou não filhos. Não há dúvida de que constitui um direito fundamental à formação da personalidade e realização pessoal a possibilidade de ter um filho, argumento utilizado na defesa da PMA¹⁵⁰.

Contudo, este direito pessoal deve estar em harmonia com os demais valores constitucionais, principalmente a dignidade humana, uma vez que, com as variadas possibilidades de manipulação da vida humana, o uso da PMA não pode ser ilimitado.

Desta feita, a seguir o exemplo do ordenamento jurídico alemão, em Portugal é possível distinguir duas dimensões do direito à personalidade, quais sejam: a não ingerência e a proteção do que já existe, bem como a liberdade de ação, de procurar o que

¹⁴⁷ Capelo de Sousa trata do desenvolvimento da personalidade de forma ampla. Explica que devem ser asseguradas as condições necessárias para a “*salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de auto-constituição da sua personalidade individual*”. *O Direito Geral de Personalidade*, 2011, p. 352.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 463-464.

¹⁴⁹ *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, 1999, p. 66-67.

¹⁵⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*, 2006, p. 100 e ss.

lhe é intrínseco e necessário à sua formação pessoal (tendo sempre em vista os limites da ordem constitucional, moral e os direitos de terceiros)¹⁵¹.

O direito à formação da personalidade possui correspondência com vários direitos fundamentais, como a integridade física (art. 25.º da CRP), liberdade de criação cultural (art. 42.º da CRP), liberdade de aprender e ensinar (art. 43.º da CRP), liberdade de constituir família e contrair casamento (art. 36.º da CRP), entre outros.

Sobre o direito fundamental de constituição de família, sua previsão está no artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa. Inserido no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, dispõe que todos possuem o direito de formar uma família, incluído neste preceito está o direito a ter filhos. Ressaltam Canotilho e Vital Moreira¹⁵², que quatro dos sete números deste artigo estão relacionados com a filiação, direito que, mesmo não sendo essencial ao conceito de família e não a pressuponha, lhe está naturalmente associado.

Tais autores¹⁵³ explicam que este direito compreende tanto a liberdade de procriação (sendo proibidas as restrições que atentem contra a dignidade da pessoa humana e com a autodeterminação pessoal de cada um), quanto o direito a uma paternidade e maternidade consciente e responsável. Pode, assim, ser uma forma de desenvolver o já mencionado direito à personalidade.

Explicam, ainda, que a disposição do artigo 36.º com relação à filiação é uma autonomia limitada; só poderá ser considerada quando for “*conjugada com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático*”¹⁵⁴. O preceito constitucional garante, simultaneamente, a autonomia pessoal e seus limites.

Ainda em relação à tutela da família, o artigo 67.º da CRP, inserido no capítulo dos direitos sociais, protege a família enquanto instituição titular de direito fundamental. Tal dispositivo visa a proteção pelo Estado e pela sociedade ao direito da própria família (instituição), com o objetivo final da realização pessoal de seus membros¹⁵⁵.

¹⁵¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 175.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2007, p. 559 e ss.

¹⁵³ *Ibidem*, p, 567.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ “*Trata-se de um típico direito social, ou seja, de um direito positivo que se analisa numa imposição constitucional de actividade ou de prestações por parte do Estado, que não gozam de exigibilidade directa, carecendo de implementação legislativa, cuja falta, porém, pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão*”. *Ibidem.*, p. 856.

Dispõe seu nº 2, *d*, sobre a garantia do direito ao planeamento familiar (respeitando-se a liberdade individual).

O direito/dever da maternidade e paternidade responsável e o direito ao planeamento familiar são garantidos em termos positivos e negativos. A dimensão positiva encontra-se na disponibilização de estruturas jurídicas e práticas para que todos tenham acesso à informação e aos próprios métodos de planeamento. A amplitude negativa é a garantia da liberdade individual e de autodeterminação de cada um sem a ingerência de terceiros.

Conforme Rui Nunes e Miriam Gonzaga¹⁵⁶, a importância da educação para a saúde é enorme e constitui o papel central da bioética. É necessário e um direito dos cidadãos serem educados desde cedo¹⁵⁷, para a “*interiorização da noção de bem-estar*”, assim como ter consciência da responsabilidade pela sua própria saúde (física e mental) e da saúde de toda a comunidade, ou seja, perceber que seus atos geram consequências futuras. A UNESCO assenta a necessidade da formação de uma “*sociedade de conhecimento*”, para a participação de todos na formação de uma sociedade mais justa, através da educação formada nos pilares do *learn to know* (aprender a aprender), *learn to do* (aprender a fazer) e *learn to be* (aprender a ser)¹⁵⁸.

Por fim, determina, como anteriormente mencionado, o mesmo artigo 67.º, 2, *e*, a necessidade de regulamentação da procriação assistida por lei infraconstitucional, salvaguardando-se a dignidade da pessoa humana.

Isto posto, no âmbito das técnicas de PMA, a liberdade negativa ou a não interferência do Estado, possui limitações determinadas pela própria constituição e não se reconhece um direito subjetivo fundamental a realização de todo e qualquer método de PMA possível segundo o estágio atual da tecnologia médica. Excluem-se, desta feita, as formas de reprodução que sejam lesivas à dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁶ *A bioética na educação para os valores e para uma sexualidade responsável*”, inserida na obra *Desafios à sexualidade humana*, 2006, p. 57.

¹⁵⁷ Dispõe a Resolução da Assembleia da República n. 28/2004, em seu item 1.1, uma recomendação para o Governo no sentido de “*Apostar na educação para a saúde, criando uma área curricular autónoma de formação e desenvolvimento pessoal dirigida especificamente aos alunos do 3.º ao 9.º ano de escolaridade*”. Resolução com acesso em 03/08/2014, disponível em <http://www.legislacao.org/primeira-serie/resolucao-da-assembleia-da-republica-n-o-28-2004-saude-area-social-gravidez-161465>. Esta recomendação segue a decisão n. 647/96/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa que determina que a “*informação dada às crianças e aos jovens deve começar desde cedo no contexto geral da informação sobre higiene, sexualidade e educação para a saúde*”. *Ibidem*, p. 60.

¹⁵⁸ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 936.

O ponto primordial do direito a se ter filhos, de formar uma família e desenvolver a personalidade, reside no seu equilíbrio com o Estado democrático de direito: que garante a autonomia pessoal e ao mesmo tempo que a limita de acordo com os valores constitucionais, sempre com o objetivo final da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁵⁹.

A autonomia pessoal decorre da autodeterminação do indivíduo e é responsável pela formação e expressão da livre personalidade¹⁶⁰. Tal autonomia gera sérias consequências na esfera familiar e no direito de constituir uma família, primordialmente na responsabilidade filial que surge com o uso das novas técnicas trazidas pela biotecnologia.

A liberdade para se fazer uso das técnicas artificiais com vistas ao nascimento de um filho (constituição de família e desenvolvimento da identidade pessoal), não pode gerar um individualismo sem medidas, há que se estabelecer limites.

No caso da reprodução *post mortem*, os limites estão traçados pela Lei 32/2006, que procura a compatibilização e harmonização da liberdade de ter filhos e de formação familiar com os demais direitos fundamentais.

E para que o direito a formar uma família, que integra o direito de personalidade, seja limitado com justiça e ponderação¹⁶¹, a intervenção do Estado deve contar com um suporte de valores constitucionais e não pautar-se exclusivamente por concepções de índole puramente moral ou religiosa.

2.1.2 Proteção da criança: igualdade entre os filhos e biparentalidade

A proteção das crianças está salvaguardada na Constituição da República Portuguesa, que eleva a posição jurídica do filho como principal e merecedora de toda atenção e cuidado.

¹⁵⁹ “O direito é um fato social. Cumpre sua função de conferir segurança às relações entre as pessoas. Sua finalidade é muito mais séria. Tem a ver com os valores. E a pauta valorativa é algo que tem sido relegado das cogitações pós-modernas. É a diferença entre o mundo do ser e do dever ser. Na realidade, existem até normas injustas. Mas elas cumprem a sua função de dar segurança jurídica, permitir a convivência com o mínimo de conflitos possível, garantir a paz social, organizar, legitimar e limitar o poder.” NALINI, José Renato, in *A vida é **, artigo inserido na obra de MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Fundamental à Vida*, 2005, p. 519.

¹⁶⁰ ALVES, Cristiane. *A conexão entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade*, inserido na obra *Bioética e Responsabilidade*, 2009, p.118.

¹⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 11.

Sua tutela está inserida nos artigos 36.º, n.ºs 4, 5, 6 e 7 (que regulam a relação entre pais e filhos, sempre prevalecendo o interesse destes face os primeiros), artigo 67.º, n.º 2, *d* (dever do Estado em garantir o planeamento familiar com vista ao desempenho de uma paternidade e maternidade consciente) e no artigo 69.º, n.ºs 1, 2 e 3 (que reconhecem à criança todo tipo de proteção que necessita para seu melhor desenvolvimento).

Tendo em vista a proteção constitucional da criança como objetivo principal nas relações entre pais e filhos, surgem os argumentos contrários à realização da técnica de transferência *post mortem*.

Em comunhão com artigos citados supra, o artigo 26.º, 3, da CRP, determina a tutela da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, principalmente pelo uso da tecnologia. Uma criança que nasce previamente órfã teria seu direito à identidade genética igualmente pré-violado, uma vez que nunca poderia conhecer seu pai. Desta forma, a inseminação póstuma poderia ser incompatível com o princípio bioético da não-maleficência¹⁶².

Neste sentido, está o direito à biparentalidade, que é o direito de uma criança poder ser cuidada por uma mãe e um pai.

São suscitados como argumentos a favor da biparentalidade, no âmbito do direito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁶³, nomeadamente os artigos 3.º, 4.º e 7.º, que utilizam a expressão “pais” para designar a responsabilidade de ambos para a concretização dos direitos das crianças. Mesma determinação é suscitada na Resolução do Parlamento Europeu de 1989.

No âmbito interno, alegam que o artigo 69.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, determina que o Estado tem o dever de proteção especial das crianças “*órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal*”. O ambiente considerado “normal”, ou mesmo aceitável, para a doutrina mais conservadora, não abrange uma criança nascida após a morte do pai, sendo que somente nesta família tradicional bilinear estaria resguardado o melhor interesse da criança¹⁶⁴.

¹⁶² PETRACCO, Alvaro. *Bioética e Reprodução Assistida*, inserido na obra *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito-Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*, 2004, p. 8.

¹⁶³ Disponível em https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf, com acesso em maio de 2014.

¹⁶⁴ MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, 2010, p. 53.

Ademais, há a previsão do artigo 36.º, 3, da CRP, que dispõe que a educação e manutenção dos filhos cabe em simultâneo ao pai e à mãe.

Por conseguinte, a criação deliberada de uma família privando-se, *ab initio*, a criança da presença do pai seria, em princípio, até proibida pela própria constituição, que prevê no seu artigo 69.º, 1, o desenvolvimento integral da criança e determina sua proteção contra toda forma de abandono¹⁶⁵.

João Carlos Loureiro fala do “Princípio da Familiaridade”¹⁶⁶, no sentido de excluir das técnicas de PMA os projetos de monoparentalidade (como na *post mortem* ou “pater/maternidades” homossexuais). Defende que a monoparentalidade intencional gerada com uso indevido da biotecnologia “viola o interesse da criança” e que a família biparental é a estrutura básica para a formação da identidade.

Paulo Otero¹⁶⁷ defende o pressuposto da necessidade da família ser biparental, desta forma nega o direito ao uso de técnicas artificiais de reprodução à viúvas, homossexuais e pessoas singulares.

Tais argumentos não estão isentos de críticas doutrinárias. Primeiramente, há uma incongruência em não se reconhecer a família monoparental como uma forma de existência saudável para a criança, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de adoção por pessoas solteiras/viúvas reconhecida no artigo 1979.º, nº 2, do Código Civil Português. Ademais, há a proteção da família monoparental item XVIII da Lei de Bases da Família (“às famílias monoparentais deve ser garantida a igualdade de direitos, assegurando-se o apoio especial de que possam carecer”¹⁶⁸) e a possibilidade do divórcio.

Em relação aos citados artigos 36.º e 69.º, na defesa da biparentalidade como única forma legítima de família, tal argumento não prevalece.

Quando a CRP estabelece a proteção e igualdade de poderes-deveres de ambos os pais no seu artigo 36.º, não está a excluir a possibilidade de existir uma família composta por apenas um deles. Ao contrário, a monoparentalidade é constitucionalmente aceita quando o mesmo artigo 36.º reconhece o instituto do divórcio. Assim, ambos os pais

¹⁶⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*, 2006, p. 132.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 514 e 515.

¹⁶⁷ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, 1999, p. 71.

¹⁶⁸ Com acesso em julho de 2014, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624445794d7931594c6d527659773d3d&fich=pjl123-X.doc& Inline = true>.

possuem o poder-dever de manutenção dos filhos, mas aos filhos não existe o direito subjetivo de possuir ambos os pais vivos ao nascer.

Explicam Canotilho e Vital Moreira¹⁶⁹, que a clara separação entre o direito a constituir família e o casamento no n.º 1 do artigo 36.º, alarga o conceito de família “*a comunidades constitucionalmente protegidas*”, como as famílias monoparentais¹⁷⁰.

Ademais, ao delimitar o âmbito de proteção contido no artigo 69.º da CRP, os mencionados autores em nenhum momento garantem como um direito subjetivo do menor a biparentalidade¹⁷¹

Capelo de Sousa¹⁷² ressalta a admissibilidade da família monoparental no ordenamento jurídico português e fundamenta-a no permissivo legal da adoção. Defende que o direito da criança estar inserida em uma família biparental não é absoluto, sendo que não deve ser negado o “direito à existência” à própria criança, quando é uma vontade de ambos os progenitores.

Assim, aceitar a família monoparental por adoção legítima, pelo divórcio e não admitir que uma mulher se submeta às técnicas de PMA pelo argumento da biparentalidade é incoerente.

Contudo, quem a defende, não admite a comparação entre a PMA póstuma e a adoção. A adoção possui um objetivo primordialmente social e solidário – o acolher de uma criança abandonada – diferente da satisfação puramente pessoal e muitas vezes considerada egoísta por parte da mulher, em utilizar as técnicas da PMA para gerar um filho.

Eduardo de Oliveira Leite¹⁷³, com uma posição muito conservadora, cita que o reconhecimento da família monoparental não significa o encorajamento para que elas se proliferem. Não reconhece o uso das técnicas de procriação assistida para pessoas solteiras, apenas como finalidade terapêutica para casais que desejam ter filhos, mas não podem concebê-los sem a ajuda da medicina.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, 2007, p.567.

¹⁷⁰ O reconhecimento da família monoparental está previsto no artigo 226.º, § 4º da Constituição Federal Brasileira, que dispõe que “*entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*”

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Ibidem*, p. 867-872.

¹⁷² *Op. cit.*, 2011, p. 216.

¹⁷³ *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 1995, p. 151.

Nesta linha está o posicionamento de João Carlos Loureiro¹⁷⁴, no sentido de não se poder comparar a adoção unilateral de uma criança, que já está em uma posição de abandono, com o uso da PMA. A criança abandonada encontra-se numa posição de desvantagem e permitir a sua adoção unilateral é para seu próprio interesse.

Em outras palavras, adotar-se unilateralmente uma criança é um ato que contribui com a sociedade e com àquela que está em abandono, não significa a “criação” intencional de outra criança que não terá seu direito à biparentalidade, que já nascerá privada da chance de possuir ambos os pais¹⁷⁵.

De fato, não há como comparar um instituto tão nobre como a adoção com os métodos artificiais de reprodução, ainda mais com a póstuma (pois mesmo na controversa reprodução heteróloga haverá a biparentalidade). Da mesma forma, isso não significa que esta deva ser proibida ou rotulada como um ato de egoísmo da pessoa que a procura.

A cada um cabe a decisão do que é necessário para si e o que lhe trará o tal direito de desenvolvimento da personalidade, sendo um erro concluir que o grande fator social e moral de um instituto cause a proibição de outro.

Neste sentido, para Francisco Rivero Hernández¹⁷⁶ há uma “hiprocrisia jurídica” ao se tratar de forma diferente situações idênticas, apenas porque uma ocorreu de forma natural e outra não. O autor cita casos em que a mulher resolve conceber, por meios naturais e de forma independente, um filho sem um pai. Qual seria a diferença de direitos entre essa mulher e outra que precisa se utilizar de um tratamento médico?

Contudo, mesmo com o avanço tecnológico e o aumento da aceitação social de várias destas técnicas, ainda não nos parece “normal” uma criança nascer previamente órfã de pai. Ao analisar somente esta perspectiva do problema, de fato torna-se difícil sua aceitação.

Todavia, a questão não é somente esta. Não há estudos que comprovem prejuízos psicológicos e de afirmação social às crianças que cresceram pela PMA póstuma, ainda não houve tempo para isso uma vez que estas crianças agora começam a nascer.

Outrossim, o conceito de família “normal” parece ser um tanto subjetivo e muitas vezes preconceituoso. Uma criança que é criada pela avó, por exemplo, tem uma vida muito mais sadia e completa do que uma criada por pais que usam drogas, álcool, etc...

¹⁷⁴ *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 514.

¹⁷⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 515.

¹⁷⁶ *El interés del menor*, 2007, p. 168.

Ademais, o argumento de que a adoção prevaleceria às técnicas artificiais médicas para se ter um filho é essencialmente de ordem moral. É notório que o valor social do ato de adoção é enorme. Sem embargo, não há como obrigar uma pessoa a fazê-lo como única opção de ter um filho, já que hoje existem outras hipóteses. O que deve ser feito, é uma maior conscientização das possíveis consequências trazidas pelo uso imoderado da PMA e das grandes vantagens geradas pela adoção.

O planeamento familiar depende da autonomia da vontade de cada um e do que cada indivíduo busca como entidade familiar. Se, infelizmente, não houver uma consciência de satisfação pessoal com a adoção, no estágio atual da medicina, negar simplesmente o uso terapêutico da tecnologia seria incoerente e contra à dignidade humana e o direito fundamental de constituição da família.

O momento histórico contemporâneo dispõe de várias formas de família que fogem ao conceito tradicional binuclear, de forma a compatibilizar novos fatores sociais, como o abandono por meio da adoção, as famílias de acolhimento, as *stepfamilies* (famílias com padrasto/madastra) e as famílias monoparentais¹⁷⁷.

Já em 1991 anunciava o *The New York Times*¹⁷⁸, que apenas uma em quatro famílias nos Estados Unidos é composta de forma tradicional (pai, mãe e filhos a habitar em uma mesma residência). O sistema legislativo tende a acompanhar as mudanças sociais, como o reconhecimento da monoparentalidade como forma de família que igualmente busca o fim da especial proteção da criança.

Em Portugal, pesquisas de 2011 revelam um aumento de 36% de famílias monoparentais em 10 anos, em decorrência primordial do divórcio¹⁷⁹. Mesmo tendo em conta que a biparentalidade em tese é mais favorável ao pleno desenvolvimento da criança, não há como ignorar tal fator social e afirmar que tais famílias não possuem legitimidade para educar um filho de forma plena.

Superada a questão da monoparentalidade, cabe a exposição do tratamento conferido à filiação e o direito sucessório dela decorrente no âmbito da PMA póstuma.

¹⁷⁷ BOLIEIRO, Helena. GUERRA, Paulo. *A criança e a Família-uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2009, p. 531 e 550.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 532.

¹⁷⁹ Sobre o aumento das famílias monoparentais em território português, v. Karin Wall e Cristina Lobo in *Famílias monoparentais em Portugal*, além das notícias disponíveis em: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2897380 e <http://supersocial.blogs.sapo.pt/2047.html>, com acesso em junho de 2014.

Com relação à filiação, bem protege o menor a legislação portuguesa, ao proibir qualquer designação discriminatória (art. 36.º, 4, da CRP), bem como ao reconhecer a filiação da criança nascida de uma técnica proibida (v.g. por uma fertilização ou inseminação *post mortem*). Ademais, proíbe a discriminação fundada no patrimônio genético e pelo fato da criança ter nascido pelo uso de uma técnica de PMA (art. 3.º da Lei 32/2006), além de estipular o artigo 1839.º, 3, do Código Civil, que “*não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

Questão que não pode deixar de ser mencionada, ainda que muito superficialmente, são os direitos sucessórios da criança advinda de transferência *post mortem*. O artigo 36.º, 4, da CRP, veda distinções e tratamentos díspares aos filhos em virtude de sua origem, condição ou qualquer outro critério. Tal igualdade constitucional está da mesma forma prevista no artigo 3.º da Lei 32/2006, que dispõe sobre a discriminação fundada no fato da pessoa ter nascido pela utilização de uma PMA.

Ademais, prevê o artigo 2033.º, 2, *a*, do Código Civil, que são legítimos para suceder os nascituros não concebidos. Já o artigo 2240.º, 1, tutela a representação do nascituro não concebido na herança.

Desta feita, não há como impedir a criança nascida por inseminação póstuma de ser herdeira, tal determinação seria, portanto, inconstitucional e incompatível com a prioridade da proteção à criança.

Ocorre que, teoricamente, resta fácil fazer esta afirmação. Contudo, na prática, o prazo máximo estabelecido para que a técnica de PMA possa ser realizada é de três anos (de viabilidade do embrião criopreservado), sendo que este grande lapso pode dificultar que o direito à sucessão surta efeitos concretos na partilha dos bens.

Tal situação gera insegurança jurídica e a dificuldade de se tratar com igualdade o direito da criança nascida por PMA póstuma com os outros filhos. Vale ressaltar que o *Warnock Report*, embora aceite a PMA *post mortem*, não reconhece o direito à sucessão, dada a incerteza da idade da criança à época da partilha. Tal determinação ainda vigora na legislação do Reino Unido.

Tendo isso em conta, novamente surge o argumento que se faz necessário um maior detalhamento na Lei 32/2006, no que tange à estipulação de medidas positivas para a

realização da PMA *post mortem*, para que a mulher não tome uma decisão precipitada e para que a futura criança tenha seu quinhão efetivamente garantido na partilha dos bens.

Desta forma, há de se ter muita cautela quando o direito à formação familiar estiver em confronto com os direitos da criança já nascida. A efetiva proteção destes direitos constitui o argumento mais forte em comparação com o uso das técnicas artificiais de reprodução e devem sempre prevalecer em uma situação real de confronto.

Se por um lado existe uma pessoa que deseja ter um filho e reivindica este direito, por outro está a pessoa que vai nascer, e ninguém pode ser usado exclusivamente para satisfazer os interesses de outrem¹⁸⁰.

Ademais, o que seria menos ofensivo: impedir a realização da transferência *post mortem* e destruir o embrião após a morte do seu “pai”, ou dar a este embrião, vida humana em potencial, oportunidade de nascer?

Diante de tantas incertezas, a maior premissa é que o bem-estar efetivo da criança deve ser o fator primordial de limitação ao uso das técnicas de PMA, e se comprovada a possibilidade real (e não um pré-julgamento moral) de dano, deve sempre prevalecer.

2.1.3 Direito fundamental à reprodução assistida?

Com o crescente aumento do uso das técnicas de procriação medicamente assistida, surge na doutrina a polêmica se existe ou não um novo direito à reprodução, para além das previsões já expostas sobre o direito a se ter um filho e formação da personalidade. Discute-se, ainda, se esse direito seria dotado de fundamentalidade e por consequência, das proteções e garantias constitucionais.

Tendo em vista o argumento da abertura constitucional do artigo 16.º, 1, da CRP (explicada no item 2.1), com a consequente previsão constitucional de alargamento dos direitos fundamentais, poder-se-ia suscitar, diante da infertilidade, a existência do direito fundamental de reprodução a ser concretizado por métodos artificiais.

Não se conhece uma constituição que preveja expressamente como fundamental o direito de uma pessoa se utilizar de técnicas de procriação medicamente assistida¹⁸¹. O direito à reprodução pela PMA (gerar e conceber um filho) muitas vezes é visto por alguns

¹⁸⁰ A pessoa como um fim em si mesmo, típico da teoria filosófica de Kant.

¹⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 138.

doutrinadores como um direito materialmente constitucional, ou seja, sem arrimo formal na constituição, mas que dela poderia se derivar¹⁸².

Vera Lúcia Raposo¹⁸³ alega (além da disposição do art. 16.º, 1, da CRP), que trata-se de um direito que reporta-se ao âmbito normativo de duas figuras jurídico-constitucionais, quais sejam, o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 da CRP) e o direito a formar uma família (art. 36.º da CRP, ambos explicitados anteriormente). Defende que, mesmo que não se encontre tal efetivação em nenhum texto jurídico nacional ou internacional, este direito é dotado de fundamentalidade no plano nacional e é um direito humano no plano internacional.

Por óbvio, reconhece que o suposto direito fundamental à reprodução pelo uso da PMA não é ilimitado, assim como os demais direitos fundamentais. A consagração de novos direitos e sua posterior restrição representa o equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo (o direito a ter filhos - *freedom to procreate* - não significa uma liberdade para se ter filhos de qualquer forma - *freedom in procreation*.)¹⁸⁴. Aceitar um direito à reprodução por técnicas artificiais, implica, ao mesmo tempo, aceitar a imposição de limites.

Todavia, para a autora, o direito fundamental à reprodução deve existir no âmbito negativo, ou seja, não haver intromissão estatal ou de terceiros na autonomia da vida privada e na liberdade de formação integral da pessoa¹⁸⁵.

Casalta Nabais critica o fenômeno do aparecimento de novos direitos a serem considerados fundamentais, que provoca o enfraquecimento e banalização do conceito de fundamentalidade, uma vez que diante de tantos direitos torna-se mais complexa a distinção do que realmente é fundamental. Nomeia tal fato atual de “panjusfundamentalização” e enuncia a necessidade da sua contenção, para a “recondução

¹⁸² Uma analogia ao possível surgimento de um direito fundamental, não consagrado expressamente na constituição, é feita por Rafael Luís Vale e Reis, que defende o reconhecimento do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas. Alega que, a partir da tutela conferida pela CRP à dignidade da pessoa humana, à identidade, à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, deveria ser consagrado esse novo direito fundamental. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, 2008, p.68.

¹⁸³ Fundamenta este direito ao longo de toda a sua tese de doutoramento. *O Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Vol. I e II.; bem como na obra *Direitos Reprodutivos*, 2005, p. 111-131.

¹⁸⁴ Andre P. Rose *apud* Vera Lúcia Raposo, op. cit., Vol. II, 2012, p. 16.

¹⁸⁵ Margarida Neto em *A fertilidade e infertilidade humanas: a mulher, as técnicas e a ética*, ”, inserido na obra *A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, pág 121: “A criança deixa de ser uma dádiva, para ser um direito...Como vamos fazer? Com que riscos? Que ganhamos? Que perdemos?”.

dos direitos fundamentais a ‘bens jurídicos’ constitucionalmente essenciais e efectivamente essenciais à dignidade humana”¹⁸⁶.

Ainda que o direito à reprodução fosse efetivado com o uso das técnicas de PMA, não há como imaginar sua aplicação sem uma lei que o limite e trace parâmetros de atuação para preservar todos os outros direitos fundamentais envolvidos. Ademais, a imposição para tal regulamentação já está prevista no artigo 67.º, 2, e, da CRP.

Vieira de Andrade¹⁸⁷ ressalta que o regime dos direitos, liberdades e garantias somente é aplicável aos direitos passíveis de concretização pela mera disposição constitucional, não àqueles que só tornam-se certos no plano da legislação ordinária, o que impossibilita a aceitação do direito ao uso da PMA como um direito fundamental.

Ademais, como salientado anteriormente, nas relações paterno-filiais o interesse do filho é sempre predominante e tal princípio rege as restrições atribuídas ao uso das técnicas de PMA.

Apesar disso, deve-se ter muita cautela ao restringir o uso da tecnologia médica unicamente por pré-conceitos morais formulados ao seu respeito¹⁸⁸. Até que ponto uma criança adotada por uma única pessoa seria mais feliz, saudável ou teria mais direitos respeitados que uma nascida por PMA *post mortem*? Os malefícios ainda são incertos, contudo, dada a atualidade desta possibilidade, não são descartados.

Desta forma, frágil a conjecturação da fundamentalidade deste direito. Do mesmo modo que negá-lo meramente por opinião pessoal é temerário, também o é querer dotá-lo de fundamentalidade quando seus efeitos ainda são incertos.

O suposto direito à reprodução assistida deve ser visto com moderação e cautela, além daquelas que são conferidas aos direitos fundamentais expressos pelo ordenamento constitucional, por implicar a possibilidade de manipulação da vida humana.

O direito à reprodução pelo uso das técnicas de PMA (incluída a *post mortem*), representaria, pelas conclusões deste trabalho, o direito de utilização da tecnologia e em face do qual não sobrevenham argumentos jurídicos relevantes que possam excluir tal

¹⁸⁶ *Op. cit.*, 2007, p. 103 e 129.

¹⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2012, p. 176.

¹⁸⁸ “Com relevância autónoma, a lei moral não pode, no Estado de direito dos nossos dias, fundamentar a limitação dos direitos de liberdade sem expressa autorização constitucional, e tendo apenas por base expectativas morais particulares de grupos, confissões ou extractos da população, mesmo quando concretizadas na opinião e legitimidade majoritárias e democráticas do legislador”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2010, p. 483.

liberdade. E a posição jurídica deverá estar de acordo com análise psicossocial destas novas crianças nascidas com o uso da tecnologia¹⁸⁹.

E o direito a ter um filho, por tudo que foi exposto, está inserido nas previsões constitucionais de liberdade para formação de família, bem como o desenvolvimento da personalidade.

A preocupação com o surgimento de novos direitos alegados fundamentais é importante, como dito, para que não haja banalização. E investir de fundamentalidade o direito de manipulação para criação de uma vida, através de métodos tão polêmicos como a reprodução heteróloga e a *post mortem*, seria conferir um certo incentivo à tais práticas o que, na realidade, deveria ser uma exceção¹⁹⁰.

Isso porque não se trata de um direito que possua aplicabilidade direta. No caso da reprodução póstuma, além dos direitos da mulher, há que se considerar o consentimento do genitor e, principalmente, o respeito ao melhor interesse da criança. E se em alguns anos restar comprovado que o uso desta técnica não é congruente com o melhor interesse da pessoa humana e que gerou sérios problemas psicológicos e de formação?

Assim sendo, torna-se evidente a fragilidade deste direito, que, por ora, aparenta estar de acordo com os demais em questão: ser um direito que decorre de outros (estes sim dotados de fundamentalidade); um direito que é regulado pelo Estado, pela própria determinação constitucional, para uma aplicação que proteja todos os pontos a serem tutelados.

2.1.4 A dignidade humana

Os últimos movimentos políticos que negaram a dignidade humana¹⁹¹ como valor inerente a todos os seres humanos, indiscriminadamente, foram catastróficos. De exemplo,

¹⁸⁹ Mary Warnock conclui que não existe um direito a ter filhos, entretanto, reconhece a necessidade de ser observada a compaixão quando uma pessoa (inclusive um homossexual) clama por ter um filho através de métodos artificiais. Ressalta a falta de comprovação de danos causados à crianças nascidas com o auxílio da medicina e que em caso de dúvida da possibilidade de realização ou não de um procedimento médico, deve ser o juiz a decidir se o caso constitui um direito ou apenas um forte desejo que não justifica a intervenção. *Op. cit.*, 2002, p. 85, 86 e 113.

¹⁹⁰ Como defende Maria Patrão Neves, no artigo *A infertilidade e o desejo de procriar*, inserido na obra *A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, pág 83, a admissibilidade de um direito a ter um filho formaliza a “*objectivização do ser humano*”.

¹⁹¹ Cf. Jorge Miranda, “*a dignidade da pessoa é a da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é a de um ser ideal e abstracto*”. *Manual de Direito Constitucional*, 2012, p.166.

as consequências nefastas do apartheid, dos genocídios étnicos em África e do nazismo mudaram a forma de pensar em todo o globo.

Desde o terror nazista, incluindo experiências científicas dentro dos campos de concentração, a dignidade humana passou a ser salvaguardada nos principais documentos de direito internacional.

A dignidade é inerente ao ser humano e dele não pode ser separada; é irrenunciável e inalienável¹⁹². Para Jorge Miranda¹⁹³, a dignidade representa o denominador comum a todos os homens, e nisso consiste a sua igualdade.

A visão de Kant¹⁹⁴ sobre dignidade é a análise da capacidade humana de fazer escolhas morais. Os homens podem divergir uns dos outros em todos os sentidos, menos na capacidade comum a toda raça humana, de agir ou não agir, de acordo com uma lei moral. Sua dignidade decorre do seu livre-arbítrio e isso faz com que os homens devam ser considerados fins e não meios.

Entretanto, muitas vezes é mais fácil reconhecer a dignidade quando esta é negada ou violada. Casos de tortura, violência sexual, privação de alimentos, entre outros, fazem-nos melhor perceber a necessidade de sua proteção e o pós-guerra permitiu ao homem, inclusive, elaborar uma Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹⁵, sendo que tais direitos encontram seu maior fundamento na dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (como será mostrado mais detalhadamente no Capítulo III), consagra no seu preâmbulo que “*o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” e seu

¹⁹² A dignidade humana independe do homem, vale dizer, por mais que este tenha uma conduta deplorável, ainda assim será detentor da dignidade. Tal posição atual diverge da linha de entendimento de São Tomás de Aquino, que justificava a pena de morte de uma pessoa que, ao delinquir, perdia sua dignidade. J. González Pérez *apud* José Afonso da Silva. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, 1998, p. 125-145.

¹⁹³ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, 2012, p. 194 e ss.

¹⁹⁴ FUKUYAMA, Francis. *O nosso futuro Pós-Humano – Consequências da revolução biotecnológica*, 2002, p. 231.

¹⁹⁵ Segundo Roberto Adorno, *Liberdade e Dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?*, a dignidade é a “*condição humana como tal o que gera um dever de respeito para com o indivíduo, sem que seja exigível nenhum outro requisito adicional. A ideia de ‘direitos humanos’, que no fundo não é mais que uma consequência da noção de dignidade humana, se baseia precisamente nesta intuição*”. O autor também explica da necessidade desta proteção ser estendida às gerações futuras, uma responsabilidade de todos nós. *Bioética e Responsabilidade*, 2009, p.73-93.

artigo 1.º estabelece que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”¹⁹⁶.

No que tange à bioética, conforme explicitado no Capítulo I, seus princípios visam o objetivo primordial da garantia da integridade do ser humano, “*tendo por fio condutor o princípio básico da dignidade humana*”¹⁹⁷.

Consequentemente, no biodireito, a dignidade humana é o primeiro princípio elencado no artigo 3.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que determina que “*a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados*”¹⁹⁸.

Vale destacar que os principais instrumentos internacionais de bioética promulgados pela UNESCO e pelo Conselho da Europa, têm como principal objetivo a proteção da dignidade humana¹⁹⁹.

Em âmbito interno, os Estados Unidos da América constituem o berço da preocupação da dignidade das pessoas submetidas à biotecnologia, particularmente em pesquisas biomédicas. Em 1978 promulgaram o Relatório Belmont (como dito anteriormente), que prevê que há dignidade humana quando são respeitados os princípios da autonomia da pessoa humana, da beneficiência e da justiça²⁰⁰. Desta forma, mesmo o relatório não tendo sido elaborado para servir de paradigma das dúvidas trazidas pela bioética, colaborou no sentido de trazer a dignidade humana como fator preponderante, especialmente nas pesquisas que envolvem seres humanos.

No âmbito nacional português, a dignidade da pessoa humana vem consagrada no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, como sendo a base da república (junto da vontade popular) e o ponto de partida na estruturação de todos os direitos fundamentais.

¹⁹⁶ Texto da DUDH pode ser consultado no site da ONU em <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, com acesso em janeiro de 2014.

¹⁹⁷ Fátima Oliveira *apud* Daury Cesar Fabríz, *op. cit.*, 2003, p. 355.

¹⁹⁸ Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>, com acesso em janeiro de 2014.

¹⁹⁹ A declaração da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos utiliza a expressão “dignidade humana” 15 vezes em seu bojo e está explicitada como fator preponderante no prefácio. Pode ser consultada no site da UNESCO em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>, com acesso em janeiro de 2014.

²⁰⁰ V. George Salomão Leite, no artigo *Ensaio sobre a Bioética Constitucional*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 49.

Possui uma “função unificadora” destes direitos²⁰¹, situação análoga ao artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal Brasileira²⁰².

De acordo com Canotilho e Vital Moreira, ao fundamentar a República Portuguesa na dignidade humana, a constituição faz surgir dois pressupostos, quais sejam: a pessoa humana é mais importante e está na frente da organização política, bem como, a pessoa é sujeito (não objeto), o “*fim e não meio de relações jurídico-sociais*”²⁰³. Explicam que da dignidade decorrem muitos direitos fundamentais, como o direito à vida, desenvolvimento da personalidade, integridade física e psíquica, identidade genética, etc.

A dignidade da pessoa humana é considerada como inerente a todo e qualquer ser humano²⁰⁴, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituinte do valor que identifica o ser humano como tal²⁰⁵.

De acordo com João Carlos Loureiro, a dignidade humana é “*o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos*”²⁰⁶

Importante salientar que a dignidade possui uma dimensão dúplex, sendo a primeira vinculada à ideia de autodeterminação, e a segunda a proteção desta autonomia pela sociedade e pelo Estado, quando estiver fragilizada ou mesmo ausente²⁰⁷.

²⁰¹ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2005, p. 55.

²⁰² As constituições de um modo geral sempre prezam pela dignidade da pessoa humana, fundadas no modelo alemão, que estabelece que “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*” (a dignidade do homem é inviolável). ASCENSÃO, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos Direitos Humanos*, inserido na obra *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*, 2012, p. 6.

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2003, p. 198.

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 2012, p. 216 ss.

²⁰⁵ Ingo Wolfgang Scarlet, ao citar Habermas in *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt, 1987, explica que o autor defende que o “*Estado, secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1º e 2º da Lei Fundamental Alemã)*”. Além disso, quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis”. LEITE, George Salomão. SCARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 70 e ss.

²⁰⁶ *O direito à identidade genética do ser humano*, 2000, p. 281.

²⁰⁷ “*A dignidade não lhe é atribuída de fora, não é um ‘a mais’, é intrinsecamente decorrente da própria característica de ser pessoa, que é dialeticamente unitária desde a concepção até a morte... Sintetizando: o homem tem dignidade porque é pessoa*”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos Direitos Humanos*, op. cit., 2012, p. 19.

Ao valer-se deste conceito de autodeterminação, o conflito entre a autonomia e a dignidade é muito frequente no ramo da bioética. Casos de experimentação científica em embriões, suicídio assistido, venda de órgãos, aborto e mesmo as técnicas de PMA são exemplos de que ser contra ou a favor de tais práticas depende da valoração dada à liberdade e à dignidade, em que medida são consideradas.

O respeito à autonomia é uma parte do conceito de dignidade, entretanto, a ela não se sobrepõe. As normas de ordem pública, por exemplo, não podem deixar de ser aplicadas pela vontade dos particulares, uma vez que zelam justamente pela própria dignidade humana, que deve sobressair quando ambas estiverem em conflito²⁰⁸.

Desta forma, é a dignidade que rege a autonomia; o valor inerente do ser humano que deve nortear a bioética e em sua medida, legitimar a autonomia de uma vontade. Inclusive no âmbito da biomedicina, tal característica protetiva do Estado tem de ser feita com cautela e em casos de conflito, deve a dignidade sobrepor-se²⁰⁹.

Tendo em vista as dúvidas trazidas pela bioética e o que seria digno ou não, o acórdão 105/90 do Tribunal Constitucional²¹⁰ segue o entendimento de Canotilho, no sentido de que “*a ideia de ‘dignidade da pessoa humana’, no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica —, não é algo de puramente apriorístico*” é algo que progride com a história e assume uma dimensão “*eminente cultural*”.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade²¹¹ afirma que “*o valor da dignidade de cada pessoa humana (...) não é um produto ideológico*” mas sim uma “*potencialidade característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas*”.

Para Rui Nunes, os conceitos de dignidade humana e direitos humanos não podem ser considerados inalteráveis, principalmente tendo em vista que novos conhecimentos científicos são capazes de questionar valores e conceitos antes tidos como imutáveis. Há

²⁰⁸ V. as críticas de Judith Costa e Letícia Möller sobre a teoria da bioeticista Ruth Macklin em reduzir o conceito de dignidade ao conceito de autonomia. Tal autora defende que a noção de dignidade humana é desnecessária na ética médica e que basta a autonomia ser respeitada que a dignidade é atingida. *Bioética e Responsabilidade*, 2009, p. 88-91.

²⁰⁹ Ingo Wolfgang Scarlet, no artigo *As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia*, na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 31.

²¹⁰ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>, com acesso em julho de 2014.

²¹¹ *Op. cit.*, 2012, p. 105.

que existir uma “reavaliação conceptual” de valores para que a dignidade humana seja de fato alcançada²¹², sendo ela o objetivo na concretização dos direitos humanos.

Uma questão polêmica, no que tange à dignidade na reprodução medicamente assistida, é a diferença terminológica entre a constituição e a disposição da legislação infraconstitucional.

Enquanto o artigo 1.º da CRP assegura a “dignidade da pessoa humana”, a Lei 32/2006 ressalta em seu artigo 3.º que as técnicas de PMA devem respeitar a “dignidade humana” (da diferença entre ser humano e pessoa humana).

A doutrina enfatiza o caráter mais amplo da lei, que omite o termo “pessoa” para garantir a proteção do embrião. Todavia, tal diferenciação não significa a falta da tutela constitucional com relação ao embrião, mas tem em vista a graduação da sua tutela.

Habermas igualmente diferencia as terminologias e sua teoria sustenta que a “dignidade humana” inclui sua inviolabilidade e indisponibilidade, enquanto que a “dignidade da vida humana” alicerça apenas a indisponibilidade²¹³. Não reconhece o embrião como sujeito de direitos fundamentais absolutos²¹⁴; contudo, não nega a existência de deveres para com ele (mais detalhado no item 2.2).

Desta feita, pelo ordenamento constitucional português, a dignidade contempla um entendimento aberto, de forma a excluir quaisquer preconceitos de cunho ideológico, pois trata-se de um conceito compatível com diferentes concepções, tendo em vista a proteção da vida humana em seu artigo 24.^{o215}.

No campo da PMA *post mortem*, a dignidade pode ser analisada para fundamentar argumentos favoráveis à sua realização, tais como: direito da mulher e a formação de sua personalidade (que abrange ter filhos), direito da formação de família, do respeito ao consentimento expresso do falecido para a realização do procedimento, direito da mulher em dispor do seu embrião como queira (após a morte do elemento masculino), etc.

²¹² NUNES, Rui. *Bioética: o Ensino e Aprendizagem*, in *A ética e o direito no início da vida humana*, 2001, p. 54 e 55.

²¹³ João Carlos Loureiro, no artigo *Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista*, presente na obra LEITE, George Salomão. SCARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 133-161.

²¹⁴ “Antes da sua entrada nos contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres – e apesar de não ser, ela mesma, sujeito de deveres e titular de direitos humanos – goza de proteção jurídica”. *Op. cit.*, 2006, p.78.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2007, p. 198-200.

A dignidade humana, em última análise, é o argumento original e principal, do qual derivam os outros direitos. Só é possível pensar no direito em se manipular a vida, em transferir um embrião após a morte do pai, quando a dignidade existe, tanto para a futura mãe e mais ainda, para o futuro filho.

Por outro lado, é também a dignidade a fundamentar os argumentos contrários à realização da inseminação póstuma. A biparentalidade nasce da proteção integral do menor, o que, ao final, é a tutela da dignidade das gerações presentes e futuras.

Desta forma, a dignidade deve ser preservada sob todos os pontos de vista para que uma decisão seja efetivamente justa. Para Vera Lúcia Raposo²¹⁶, a dignidade humana é sempre invocada quando nenhum outro fundamento parece apto.

Em uma visão mais pessimista, Francis Fukuyama sustenta que a natureza humana e sua dignidade serão alteradas pela atual revolução biotecnológica, que dará início a uma nova época. A sociedade será dividida, através da manipulação genética, em camadas geneticamente superiores, que serão as únicas detentoras de dignidade humana²¹⁷.

Diante de tais argumentos e direitos fundamentais analisados, de ambas as posições que defendem e negam a inseminação *post mortem*, para que haja equilíbrio e segurança jurídica e social, cabe ao Estado o dever de intervir ou não intervir; organizar, estabelecer imperativos, proibir e disciplinar, para que permaneçam em harmonia os preceitos da Constituição da República Portuguesa²¹⁸ e não se justifiquem a realização de quaisquer atos alegando-se sua admissibilidade pela dignidade humana.

Tendo em vista as disposições de tutela bioconstitucional, devem ser observados os princípios da autonomia, inviolabilidade da vida humana, integridade, não comercialização do corpo humano, acesso aos cuidados de saúde, da formação de família, prevenção e precaução (tendo em vista nomeadamente a tutela das gerações futuras), que ao fim, buscam pela dignidade humana²¹⁹.

Finalmente, da análise de todos direitos aqui elencados, ao fim e ao cabo, a dignidade é o valor constitucional máximo a ser tutelado. Ao defender-se a formação da

²¹⁶ *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 11.

²¹⁷ FUKUYAMA, Francis. *Op. cit.*, 2002, p. 161 e 162.

²¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *In Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, artigo inserido na obra de SCARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2003, p. 279-281.

²¹⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 787-790.

família e o desenvolvimento da personalidade, tais direitos derivam do extenso conceito da dignidade humana. Zelar pela proteção da criança e das futuras gerações é analisar até que ponto esta terá sua dignidade ferida (terá mesmo?). É mais digno destruir o embrião do que negar a inseminação à uma mulher que o deseja e demonstra ser apta à difícil tarefa de ser mãe?

A afirmação no sentido de que permitir uma transferência embrionária póstuma é tutelar a realização de um “capricho”²²⁰ deve ser analisada com mais cautela diante de todas as nuances desta prática. A dignidade humana, tendo em vista inclusive a proteção do embrião, deve ser sempre observada.

Assim, a dignidade da vida humana, deve ser, ao final, salvaguardada na proteção da compatibilização entre os valores fundamentais atuais, como um dever para com as gerações presentes e futuras.

2.2 Análise da situação jurídica do embrião e sua tutela constitucional

A dignidade da pessoa humana constitucionalizada como princípio-limite, além de possuir um valor próprio, está na base de construção inerente a muitos outros direitos fundamentais, como a personalidade, identidade genética e a vida²²¹.

O direito à vida tutelado pela CRP não é somente no aspecto de direito fundamental das pessoas, mas igualmente “*um valor ou bem objetivo*”²²². Desta forma, a proteção constitucional da vida humana não é somente para as pessoas já nascidas, mas também para a vida pré-natal: da formação do embrião, ainda que *in vitro*, até a vida intrauterina, em todos os seus estágios²²³.

“*Ninguém duvida do valor intrínseco da vida humana pré-natal*”²²⁴, todavia, não há consenso algum de como protegê-la em termos objetivos²²⁵.

²²⁰ NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo – A relevância da vontade na configuração do seu regime*, 2004, p. 591.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p.460.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital Moreira. *Op. cit.*, 2007, p 449.

²²³ *Idem*.

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 2006, p. 75.

²²⁵ “*A existência na lei de um estatuto que preserve e defenda a sua dignidade será o reflexo duma sociedade que o reconhece como um humano que importa respeitar*”. BISCAIA, Jorge. *O embrião como filho*, 2004, p. 32.

Certamente, o mais corriqueiro é a falta de consenso em torno do estudo da proteção ético-jurídica a ser dada ao embrião e ao feto, sendo certo o conflito de valores entre os cientistas, as mais variadas religiões e a comunidade em geral.

A embriologia tradicional divide temporalmente o conceito de embrião e feto. Com a fertilização, união dos gâmetas masculino e feminino (*in vivo* ou *in vitro*), forma-se o embrião e esta nomenclatura permanece até a oitava semana da gestação, período que completa a formação de todos os órgãos. A partir de então, passa a ser designado como feto²²⁶.

Entretanto, como explica João Carlos Loureiro²²⁷, tal divisão foi questionada e na década de 80 introduziu-se o termo “pré-embrião”, na tentativa de atribuir um valor menor ao embrião não implantado. Em 1985, em Espanha, houve uma sentença²²⁸ no sentido de que os pré-embriões gerados *in vitro* e ainda não transferidos para o corpo humano, não seriam vida humana, uma vez que esta não inicia-se com a fertilização e sim com a nidação (nidação é a fixação do embrião na parede uterina e ocorre entre o 5º e 7º dia e tem seu final no 14º dia).

Todavia, foram poucas as sentenças neste sentido e o termo “pré-embrião” rapidamente caiu em desuso, doutrinário e jurisprudencial. Manteve-se a o entendimento de que a vida humana é originada com a fecundação e a dicotomia entre embrião e feto, bem como a necessidade de sua proteção.

E a questão que permanece é quando de fato começa a personalidade da vida humana? Com a fecundação? Com a nidação? A partir da 10ª semana?

São várias as teorias²²⁹ para determinar o momento a partir do qual a vida humana em potencial merece uma tutela jurídica maior²³⁰ e todas elas, munidas de conceitos científicos e, unido a eles, um valor moral ao critério do interlocutor.

²²⁶ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 403.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 335.

²²⁹ V. Vera Lúcia Raposo. *Op. cit.*, Vol I, 2012, p. 340-350. Dentre as doze teorias apresentadas, destaca-se de um lado, a teoria de que a proteção inicia com a fertilização e, por outro lado, a teoria relacional que defende que a pessoa existe apenas no momento quando ela passa a relacionar-se com o mundo exterior.

²³⁰ Para Habermas “...tentativas de traçar uma linha divisória nítida e moralmente relevante num qualquer ponto situado entre a fecundação ou fusão de núcleos, por um lado, e o nascimento, por outro, comportarem uma certa dose de arbitrariedade, uma vez que a vida – que começa por ser sensitiva e só depois se torna pessoal – é, desde o seu início orgânico, um processo de desenvolvimento contínuo”. *Op. cit.*, 2006, p. 74.

E definir este momento nos faz questionar até onde vai a indisponibilidade da vida humana. Se considerarmos a vida humana absolutamente indisponível, como regularemos o aborto?

De acordo com o ordenamento português, por exemplo, o aborto é permitido até a décima semana de gestação. A vida humana não merece a mesma proteção até esse lapso temporal, que em muito foi suficiente para a formação completa de todos os órgãos do feto?

Da tutela da vida humana constitucionalmente assegurada (art. 24.º da CRP), surgem os polêmicos “direito a nascer” e o “direito de ser implantado”. Inclusive, em relação aos embriões excedentários que não possuem projeto parental, teriam o direito de serem obrigatoriamente implantados?

Paulo Otero²³¹ defende a existência do “direito fundamental ao nascimento”, bem como o direito dos embriões fertilizados *in vitro* de serem implantados (“direito à implantação uterina”) e o subsequente “direito à gestação”. Sobre a destruição de embriões excedentários, defende que esta implicará na aniquilação de uma forma de vida humana e a “ausência de tutela jurídico-criminal de tal comportamento – o designado embrionicídio – configura uma violação por omissão do artigo 24.º, n. 1, da Constituição”.

Dos Estados pertencentes à UE, a Irlanda é o único a proteger expressamente em sua constituição o direito à vida do nascituro. Dispõe constitucionalmente, no artigo 40.º, n.º 3²³², “*the right to life of the unborn*” e, desta forma, só permite a realização do aborto no caso de doença em que não há outra alternativa para salvar a vida da gestante.

Todavia, de acordo a legislação atual portuguesa (que legitima o aborto e prevê que os embriões excedentários que não possuam projeto parental após certo lapso de tempo sejam destruídos), resta claro que o direito à vida não implica no direito a nascer ou a ser implantado. Não obstante, tal negativa não significa a falta de proteção do embrião, bem como a tutela jurídica dos embriões excedentários.

²³¹ *Op. cit.*, 1999, p. 50.

²³² “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*”. Disponível em <http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/index.html#article40>, com acesso em maio de 2014.

Declarou o Tribunal Constitucional no acórdão n. 288/98, tendo em vista o artigo 24.º da CRP, que “*para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivando cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional*”²³³.

Vale ressaltar o conceito trazido por Habermas e explicitado supra, no sentido de que o embrião possui “dignidade da vida humana” e esta garante apenas a indisponibilidade, não sua inviolabilidade²³⁴.

Um embrião de proveta é o “objeto” de um projeto parental e deve ser preservado pela sua intrínseca dignidade humana. Entretanto, no caso de embriões excedentários, que já não fazem parte de um projeto parental, estes seres em potencial perdem sua dignidade humana ao serem destruídos ou doados para pesquisa e a seguir, destruídos? A doação para fins científicos seria mais honrosa ou estimularia cada vez mais a produção excedente de embriões *in vitro*, ou mesmo a legalização de criação de embriões para fins de pesquisa?

A resposta às tais perguntas guardará sempre algo “incerto e arbitrário”²³⁵.

A legislação alemã é muito rígida em relação às técnicas de PMA²³⁶; proíbe a inseminação póstuma e preocupa-se muito com a protecção do embrião (Lei de Protecção do Embrião, *Embryonenschutzgesetz*). O conceito de embrião na Alemanha é tido como “biologicamente precoce” e determina que “*embrião é todo o óvulo fecundado que seja susceptível de se desenvolver até ao estágio de indivíduo humano, bem como qualquer célula extraída de um embrião humano que partilhe esta mesma faculdade*”²³⁷. Fixa em três o número de embriões a serem transferidos no útero, para evitar a formação de embriões excedentários e veda sua utilização em pesquisas científicas.

Em Portugal, a Lei 32/2006 legitima, sem incentivar, a produção de embriões excedentários, uma vez que seu artigo 25.º prevê a sua criopreservação por no máximo 3

²³³ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>, com acesso em 27/06/2013.

²³⁴ *Op. cit.*, 2006, p.78 e ss.

²³⁵ Léon Cassiers in *Dignidade do Embrião Humano*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e biotecnologia*, 2008, p. 206.

²³⁶ Sobre a necessidade de haver uma rígida tutela Estadual sobre a protecção do embrião, questiona Francis Fukuyama: “*e se aparecer um tratamento miraculoso que requeira a recolha de células, não de um embrião de um dia, mas de um feto de um mês? Um feto feminino com cinco meses já tem nos ovários todos os óvulos que produzirá ao longo da vida. E se alguém quiser ter acesso a esses óvulos?*”. *Op. cit.*, 2002, p. 268.

²³⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 319.

anos, para serem utilizados pelos beneficiários. Caso não haja projeto parental, poderá ser doado, descartado ou destinado à pesquisa científica²³⁸.

Muito embora não haja consenso, o básico que pode ser concluído, na esteira da proteção da dignidade da vida humana (art. 24.º da CRP), é que a comercialização do embrião deve ser sempre proibida e a formação de excedentários evitada e regulada pelo Estado.

Desta forma, cabe ser esclarecido como é feita a tutela do embrião e em qual medida é realizada.

2.2.1 Embrião: sujeito de direito fundamental?

A questão dos novos sujeitos que surgem com a evolução da ciência gera uma enorme repercussão jurídica.

A doutrina portuguesa, assim como a doutrina mundial, não é pacífica quanto à titularidade dos direitos fundamentais pelos nascituros e embriões. Alguns acreditam ser aceitável a proteção apenas objetiva do embrião²³⁹, enquanto outros irão argumentar a imperiosa necessidade da tutela subjetiva do mesmo²⁴⁰.

A questão do embrião ser ou não constitucionalmente protegido gera consequências na seara jurídica, especialmente no que tange à titularidade de direitos fundamentais.

Duas são as principais teorias que cabem aqui serem analisadas: a natalista e a concepcionista. Na primeira, baseada na atribuição de direitos a partir do nascimento, o embrião não é considerado pessoa e não será detentor de direitos fundamentais. Neste caso, o embrião é considerado um bem constitucionalmente protegido, ou seja, é tutelado

²³⁸ SANTOS, Teresa Almeida. *Criopreservação: Sim ou não?*. Artigo inserido na obra *As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) - uma apreciação bioética*, 2011, p. 45.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 2007, p. 449.

²⁴⁰ Para Pedro Paes de Vasconcelos, “o nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria a pessoa humana (...). A proteção jurídica que lhe dá não é apenas objetiva. Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas ou animais especialmente protegidos”. *Direito de personalidade*, 2006, p. 106.

apenas objetivamente, diminuindo, desta forma, seu âmbito de proteção²⁴¹.

In casu, pode haver a colisão de um bem constitucionalmente protegido e um direito fundamental (v.g., o direito à biparentalidade e o direito fundamental à formação de família), o que Canotilho denomina de colisão de direitos em sentido impróprio²⁴². Nesta hipótese, a colisão será analisada a partir dos princípios constitucionais de forma a não permitir que ocorra a simples eliminação de um bem constitucionalmente protegido, em prol da salvaguarda de um direito fundamental, devendo haver uma ponderação nos termos constitucionais.

Em contraposição, a teoria concepcionista defende que há a formação da pessoa com a formação do embrião, desde a união de gametas (seja *in vivo* ou em proveta). Desta feita, os embriões são titulares de direitos fundamentais, e na hipótese de conflito ou colisão entre direitos fundamentais, não há prevalência *a priori* de nenhum dos direitos em questão. Ao surgir a dúvida em um caso concreto, devem ser ponderados pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Refletindo-se novamente sobre o embate entre a biparentalidade e o direito fundamental de formação de família, se considerarmos o embrião como um detentor de direitos fundamentais, este deverá ser sopesado enquanto um bem jurídico de tutela constitucional e não enquanto um direito fundamental submetido ao regime jurídico especial.

Analisando-se ambas as teorias e comparando-as com a legislação atual, não há como concluir-se pela atribuição de direitos fundamentais ao embrião. Se assim o fosse, teríamos que admitir a existência do “direito a nascer” e do “direito a ser implantado”.

Para Habermas, o nascituro não é titular de direitos fundamentais²⁴³. Apesar de gozar de proteção jurídica, o embrião não pode ser considerado um sujeito de deveres e titular de direitos²⁴⁴. Todavia, defende a proteção gradual da vida humana pré-natal.

²⁴¹ Segundo Canotilho, “*podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. Não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo, da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um objecto (material ou imaterial), valioso (bem) considerado como digno de proteção jurídica e constitucionalmente garantido. Nesta perspectiva, quando se fala em bens como saúde pública, defesa nacional, integridade territorial, família, alude-se a bens jurídicos constitucionalmente recebidos e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva “ordem de valores”.* Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quais bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de “*bens da comunidade*”. *Op. cit.*, 2003, p. 1271.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 1270.

²⁴³ *Op. cit.*, 2006, p. 71 e ss.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

Explana que a vida pré-natal é feita “por ela em si”, o que nos impõe deveres morais e jurídicos. Considera que a vida “*pré-pessoal mantém na íntegra o seu valor para a globalidade de uma forma de vida eticamente constituída*” e é neste ponto que pode-se diferenciar a dignidade da vida humana da dignidade humana²⁴⁵, indisponível, entretanto, não inviolável.

João Carlos Loureiro defende que o embrião é um ser humano (entidade biológica humana²⁴⁶ que merece um especial respeito²⁴⁷) e define os embriões *in vitro* como sujeitos bioconstitucionais²⁴⁸. No que tange à dignidade, não faz tal distinção²⁴⁹ e adota a teoria subjetiva²⁵⁰.

Assim, em relação à dignidade, são dela beneficiários todos os seres humanos vivos, ou seja, desde a fertilização, seja ela *in vivo* ou *in vitro*²⁵¹.

Tal diferenciação faz com que seja respeitado o princípio da igualdade material, uma vez que é conferido tratamento diferente àquilo que é diferente, sem, contudo, deixar de ser salvaguardado.

Este posicionamento é igualmente adotado pelo ordenamento jurídico português e pelo Tribunal Constitucional; o não nascido não é titular de direitos fundamentais porque não é uma pessoa, e só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais. O preceito mais expressivo na lei portuguesa que demonstra a adoção de tal teoria é o artigo 66.º, nº 1 do Código Civil, que determina que “*A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida*”.

²⁴⁵ Habermas descreve que a divisão do conceito de dignidade reflete na sociedade, inclusive ao atribuí-la aos fetos mortos. Exemplifica com uma legislação de Bremen do sentido de que aos fetos que acabam por morrer durante a gestação e até nas interrupções da gravidez, não podem ser descartados pelo hospital, mas sim deverão ser enterrados anonimamente em valas comuns no cemitério. *Ibidem*, 2006, p. 79.

²⁴⁶ Tal como declarado pelo Parlamento Europeu em 1989, Documento n. A2-0372/88, ao afirmar que a vida humana deve ser protegida desde o momento da fecundação.

²⁴⁷ LOUREIRO, João Carlos. *Os genes do nosso (des)contentamento – Dignidade Humana e genética: notas de um roteiro*, 2001, p. 163-210.

²⁴⁸ *Prometeu, Golem & Companhia: bioconstituição e corporeidade numa “Sociedade (mundial) de Risco*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2009, p. 176.

²⁴⁹ João Carlos Loureiro discorda de tal divisão no âmbito da dignidade humana. Adota a teoria subjetiva, e defende que ser humano e pessoa humana são conceitos com a mesma extensão, pelo que qualquer ser humano vivo, como o embrião *in vitro*, é titular de dignidade humana. *Op. cit.*, 2001, p. 193.

²⁵⁰ Outros autores que assumem tal posição são Paulo Otero e Carlo Emilio Travesso. RAPOSO, Vera Lúcia. *Ibidem*, p. 378.

²⁵¹ LOUREIRO, João Carlos Loureiro. *Op. cit.*, 2009, p. 198 e 199.

José de Oliveira Ascensão possui uma posição contrária à maioria da doutrina no que diz respeito à consideração do embrião como pessoa. Para o autor, o que define uma “pessoa” como tal é o fato do ser possuir o genoma humano. Desta feita, após a fusão dos núcleos, ainda que *in vitro*, há a formação de uma pessoa humana e assim o embrião deve ser considerado. “*Esta é a base da proteção do embrião. É uma vida humana diferenciada, um ser a quem podem ser reconhecidos fins próprios. O respeito pela pessoa impõe o respeito de cada vida humana, desde o seu início.*”²⁵².

Francesco Donato Busnelli chama de “*insatisfatória alternativa seca*” a tentativa de alguns juristas em definir o embrião como coisa ou pessoa. Explica, então, a “*subjetividade feita sob medida*”, presente no ordenamento jurídico italiano, que constitui a salvaguarda de direitos mínimos para o nascituro (sendo que seu grau de proteção aumenta conforme a proximidade com o nascimento)²⁵³, o que se assemelha com o ordenamento português.

Portanto, tendo em vista a perspectiva de João Carlos Loureiro acima exposta, a negação ao embrião do direito subjetivo fundamental à vida, não o exclui de uma tutela objetiva, na medida em que o embrião seja considerado um bem jurídico constitucional²⁵⁴.

Em outras palavras, um embrião não possui as características básicas de um recém-nascido, mas nem por isso poderá ser considerado um “grupo de células ou de tecidos”²⁵⁵. Detentor do potencial de vir a ser uma pessoa, deve o embrião ser constitucionalmente protegido.

Assim, o direito fundamental à vida constante no artigo 24.º da CRP, determina a proteção da vida humana como bem constitucionalmente protegido²⁵⁶ e esta posição, do não reconhecimento constitucional explícito do embrião como titular de direitos fundamentais, não detentor de personalidade jurídica, é a adotada pela jurisprudência portuguesa e internacional²⁵⁷.

²⁵² *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos Direitos Humanos*, inserido na obra *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*, 2012, p. 12.

²⁵³ *De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade*, in *Bioética e Responsabilidade*, 2009, p. 354-356

²⁵⁴ LOUREIRO, João Carlos. *Genética, moínhos e gigantes: Quixote Revisitado. Deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina*, 2006, p. 29-48.

²⁵⁵ FUKUYAMA, Francis. *Op. cit.*, 2002, p. 267.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p 449-450.

²⁵⁷ Vera Lúcia Raposo exemplifica tal posição com o aborto. Se fosse o embrião ou o feto titular do direito fundamental à vida, todas as formas de aborto teriam de ser proibidas, inclusive quando a vida da mãe estivesse em causa. O direito fundamental à vida do feto não poderia ser sobreposto pela eventual possibilidade de morte da mãe. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 382.

O não reconhecimento do embrião como sujeito de direitos não implica que seja um não-sujeito de direitos, como por exemplo, um órgão ou uma parte do corpo materno. Resta ultrapassada a dicotomia tradicional de que, se não é pessoa, titular de direitos seria uma *res*, objeto de direito. O fato de ser negada a tutela subjetiva de direitos ao embrião e que este não é sujeito de direitos fundamentais²⁵⁸, não anula uma tutela objetiva, que demanda o reconhecimento de especiais deveres de proteção face a ele.

2.2.2 Tutela jurídica objetiva do embrião

Embora os direitos fundamentais se liguem à categoria de direitos subjetivos²⁵⁹, seu conteúdo não se esgota na subjetivação, de tal forma que ao lado do direito de alguém subsiste um valor objetivo²⁶⁰.

O reconhecimento dessa dualidade²⁶¹ dos direitos fundamentais deriva da doutrina alemã e transformou a concepção dos direitos fundamentais.

Permitiu que, para além da posição jurídica subjetiva²⁶², que confere uma vantagem individual na fruição do bem protegido, os direitos fundamentais apresentassem, igualmente, uma dimensão objetiva. Esta segunda esfera de proteção consiste no reconhecimento de valor à um bem jurídico que necessita de proteção (dimensão objetiva dos direitos, função estrutural da Constituição²⁶³), face aos quais se impõem ao Estado deveres de ação, determinados pelo artigo 9.º da CRP.

Desta feita, se a primeira das dimensões impõe uma limitação na atuação do Estado, para que não sejam violados os direitos reconhecidos aos cidadãos, na segunda dimensão há a necessidade de atuação do mesmo, para que os direitos sejam promovidos, protegidos e efetivamente realizados.

²⁵⁸ Habermas defende esta posição e a argumenta que “*pode haver algo que, por razões fundadas em ordem moral, se subtraia aos nossos desígnios, ao nosso desejo de ‘dispor de’, sem ser por isso ‘intocável’ no sentido de possuir direitos fundamentais absolutos ou incondicionalmente válidos*”. *Op.cit.*, 2006, p. 74.

²⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2012, p. 111-115.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 1255.

²⁶¹ Ingo Scarlet fala em “dupla perspectiva” dos direitos fundamentais. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2003, p.76.

²⁶² V. Alexy, as “posições jurídicas fundamentais”. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993, p. 67 e ss.

²⁶³ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 386.

Relativamente ao nascituro, o quadro jurídico-constitucional português é claro ao protegê-lo, pela leitura do artigo 24.º da CRP. Tal dispositivo estabelece a proteção da vida humana (conceito que inclui o embrião) e não da vida da pessoa humana (conceito do qual o embrião está excluído, como tratado previamente).

O Tribunal Constitucional Português adota o posicionamento da teoria objetiva do nascituro, negando-lhe o reconhecimento de direitos fundamentais. Ressalta no Acórdão 85/85²⁶⁴ de 29 de maio, que “*só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais pelo regime constitucional de protecção do direito à vida (...) não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros*”.

Todavia, apenas em 2007 foi publicado o único julgado em que o Tribunal Constitucional manifestou-se sobre os embriões *in vitro*. É o acórdão n.º 101/2009²⁶⁵, que julgou pela constitucionalidade da Lei n.º 32/2006 e que nega a titularidade de direitos fundamentais ao embrião, concedendo-lhes a tutela objetiva. Reitera que a ele cabe tal tutela por ser um bem constitucionalmente protegido, fundamentando esta posição no fato de que somente as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, e que o regime constitucional de proteção do direito à vida não se aplica à vida intrauterina de maneira como se o feto fosse titular de um direito subjetivo.

É adotada a teoria da proteção progressiva, segundo a qual a proteção do embrião aumenta conforme se aproxima o nascimento. Na defesa de uma maior tutela ao embrião, muito interessante é a análise do voto vencido da Sra. Dra. Conselheira Maria Lúcia Amaral, ao confrontar questões da bioética relativa ao embrião com a dignidade da pessoa humana. Certifica que “*é a nossa auto-representação enquanto espécie que, na Bioética, está em jogo. Entendeu o Tribunal que fora dela (fora dessa autorepresentação) podia ficar o embrião não implantado. Não consegui entender por quê, e não consegui dar-lhe razão*”.

²⁶⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>, com acesso em janeiro de 2014.

²⁶⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>, com acesso em janeiro de 2014.

A concepção da vida humana como bem jurídico-constitucional acarreta importantes consequências²⁶⁶. Torna-se dever do Estado a proteção do embrião²⁶⁷, e o consequente dever do ordenamento jurídico em assegurar tal efetivação e compatibilizá-la pela legislação infraconstitucional com os direitos convergentes²⁶⁸.

O Estado poderá realizar a proteção que lhe recai por diversas formas. E a tutela do embrião, tendo em vista sua proteção objetiva, deve ser feita por todos os meios: pela adoção de um diploma das Nações Unidas ou da União Europeia, pela via criminal (proibição e punição para a realização de atos que violem a dignidade humana) e normas no plano do direito civil, como, por exemplo, a questão dos direitos sucessórios.

Por conseguinte, desta proteção objetiva, segue o conceito de que o aniquilamento de qualquer vida humana demanda uma justificação suficientemente forte, que não se basta como mera convicção pessoal.

Tal argumento é considerado para defender a realização das técnicas de transferência *post mortem* (uma vez que, havendo condições, mais valeria que o embrião fosse implantado do que destruído).

Desta forma, a tutela objetiva da vida embrionária *in vitro* é reconhecida e aplicada em conjunto com a teoria da progressividade dos direitos conforme se aproxima o momento do nascimento, fazendo com que a sua proteção não seja tão forte quando comparada à proteção dos embriões já transferidos ao útero materno.

²⁶⁶ “...en la dubla, a favor de la vida. El actuar a favor de ella significará abstenerse de prácticas que puedan suponer su destrucción – directa o indirecta – o su menoscabo, tanto desde el punto de vista físico como espiritual. Em la duda, abstención; es próprio de un grado superior de civilización saber limitar el próprio poder, dominarlo y saber decir que no. No se trata de una limitación de la libertad, sino de un ejercicio sublime de la misma. La vida humana no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico, como no las debe dar la naturaleza misma expressada en el medio ambiente frente a los reclamos de sus explotadores. La vida humana está por encima de los ordenamientos jurídicos, y les sirve de límite, pero también de fuente. MONTANO, Pedro in “In Dubio pro Vita”, artigo inserido na obra de MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Fundamental à Vida*, 2005, p. 262.

²⁶⁷ Embrião considerado tanto intra uterino quanto o *in vitro*. Vera Lúcia Raposo explica em seus estudos a teoria da proteção progressiva e que a proteção da vida embrionária aumenta conforme o estágio de vida do embrião: antes de ser implantado, sua implantação e o desenvolvimento uterino. Analisa tais estágios de proteção, desde a utilização do embrião para fins de pesquisa científica até o aborto. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 340 e ss.

²⁶⁸ Neste caso, o direito que convergiria seria o direito da mulher ter um filho para a formação da sua personalidade, como mencionado anteriormente.

As leis de PMA, em geral, não reconhecem direitos ao embrião, por mais protetivas que sejam²⁶⁹. Esta questão é interessante, uma vez que, o que antes era discutido a propósito do aborto (e ainda o é), hoje discute-se sobre as técnicas reprodutivas e até que ponto deve ser feita a proteção do embrião *in vitro* (suposto direito de nascer de um embrião ainda *in vitro* x o aborto)²⁷⁰.

Assim, impossível afirmar o direito absoluto à vida e a titularidade dos demais direitos fundamentais. Contudo, tendo em vista a teoria objetiva e o fato de possuir dignidade humana²⁷¹, o embrião deve ser protegido pela simples razão de pertencer à espécie humana e pela potencialidade de se tornar uma vida.

O que não significa que qualquer ato que destrua esta potencialidade do embrião seja um ato contrário à dignidade humana. Tal ocorrerá se resultar de um ato gratuito, baseado exclusivamente em interesse pessoal ou comercial. O já mencionado direito ao planeamento familiar, constitucionalmente consagrado, não pode ser considerado um atentado à dignidade humana do não nascido ou do não implantado. Outra questão muito polêmica e que aqui não cabe ser discutida, apenas a título de exemplo da dificuldade de mensurar a proteção da vida humana intrauterina, é em relação ao aborto.

Destarte, para os embriões *in vitro*, a principal conclusão que se pode chegar é a sua tutela pelo Estado, não como um sujeito de direito plenamente equiparável à pessoa nascida, mas como um sujeito bioconstitucional que necessita da sua proteção. Tal se vê na proibição de criação de embriões para outros fins que não os reprodutivos, o que exclui a sua criação para finalidades puramente científicas de pesquisa, formação de quimeras (seres híbridos) ou sua criação para qualquer fonte de lucro.

Desta forma pelo ordenamento jurídico atual, a tutela do embrião aumenta progressivamente: do embrião *in vitro* (um bem constitucionalmente protegido), do feto no

²⁶⁹ A lei alemã de 1990 não lhe atribui nenhum direito, não obstante as suas disposições velarem pela segurança e manutenção da vida do embrião. A lei italiana pode ser considerada uma exceção, uma vez que estipula direitos com a concepção: “*assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*”. RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. I, 2012, p. 391.

²⁷⁰ Meneses Cordeiro é um dos autores que sustenta o direito à vida do embrião, e mesmo advogando esta causa, argumenta que a proibição da utilização das técnicas de PMA é excessiva, pois muitas vezes elas viabilizam a vida humana. Defende que devem ser respeitadas regras firmes de deontologia, não havendo responsabilização dos médicos pela destruição de embriões, uma vez que no estágio atual da tecnologia é impossível garantir a vida de todos eles. *Apud* Vera Lúcia Raposo, *Idem*.

²⁷¹ “*Se ao embrião humano é atribuída a proteção da dignidade (...) isso não decorre nem de uma dependência de um fundamentalismo ontológico, nem do fato de um embrião de dezesseis ou dezoito células já poder ser qualificado empiricamente como pessoa...*”, decorre sim da sua humanidade. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Dignidade Humana como princípio normativo: os Direitos Fundamentais no debate bioético*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p. 68.

início da gravidez (suscetível de ser abortado), do feto da 10^a semana até o final da gravidez e, por fim, após seu nascimento e constituição da personalidade jurídica.

Importante ressaltar a preocupação da não desvalorização da vida humana e a posição habermasiana sobre a utilização em experimentos científicos. Na mesma esteira, João Carlos Loureiro adverte sobre a não “*coisificação da vida embrionária*”²⁷² e da necessidade em não instrumentalizarmos a vida humana.

Há que se ter muita cautela na manipulação embrionária e seria recomendável uma lei que, assim como a alemã, fosse mais rígida no que tange à formação de embriões excedentários.

No caso da transferência *post mortem*, tendo em vista todos os valores fundamentais expostos (da perspectiva do embrião, da criança, da mulher e da dignidade do elemento masculino morto), a conclusão plausível é a necessidade de uma melhor regulamentação para sua viabilidade e proteção.

A lei portuguesa a admite conforme o cumprimento de alguns critérios objetivos, evitando-se destruições desnecessárias de embriões. Todavia, como será analisado com mais detalhes no Capítulo III, a legislação infraconstitucional necessita ser mais detalhada para a evitar que ocorram implantações temerárias e que haja a proteção efetiva de tantos valores fundamentais a serem sopesados.

²⁷² *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 745.

CAPÍTULO III

BIOÉTICA E PROcriação *POST MORTEM* NO DIREITO POSITIVO

“A verdadeira liberdade está no direito que assiste às comunidades políticas de criar instituições que protejam os valores que lhes são mais caros e é essa liberdade que teremos que exercer no que respeita à revolução tecnológica dos nossos tempos.” Francis Fukuyama²⁷³

3.1 Regulamentação pelo Estado x Autonomia pessoal

A discussão entre autonomia pessoal e a necessidade de haver um Estado de Direito democrático a regular a vida em sociedade é antiga. A ideia de liberdade individual contra os limites impostos pelo Estado traduz a garantia da segurança colectiva, e, ao mesmo tempo, a ameaça de opressão.

Marco fundamental do dever estatal de assegurar os direitos imprescindíveis do homem e livrá-lo da opressão política é Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁷⁴, que é a base do constitucionalismo francês moderno²⁷⁵.

Segundo João Carlos Loureiro, o direito posto pelo Estado gera segurança em uma sociedade e é o “*valor-chave do pensamento liberal*”²⁷⁶, necessário para efetivar as liberdades pessoais de cada cidadão. Explica que os direitos, liberdades e garantias, ainda que possuam aplicabilidade direta pelo artigo 18.º, 1 da CRP, muitas vezes necessitam de

²⁷³ *Op. cit.*, 2002, p. 326.

²⁷⁴ Artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression politique*”.

²⁷⁵ A regulação e restrição dos direitos fundamentais não se justificam pela disposição no artigo 18.º, 2, da CRP, que remete à aplicação do polémico artigo 29.º da DUDH. Segundo Canotilho, as leis que “se movem” ao redor do direito fundamental, não o contrário, podendo a DUDH ser aplicada para uma ponderação, não fundamentar uma restrição. *Op. cit.*, 2003, p. 1280. Em sentido contrário, Jorge Miranda, *op. cit.*, 2012, p.161.

²⁷⁶ “...a discussão sobre a melhor forma política de a assegurar, o triunfo da ‘sociedade técnica de massas’ tornou a acção do Estado cada vez mais necessária para assegurar os pressupostos da liberdade pessoal, exigindo uma actividade de conformação e a acção do Estado. Esta ‘ambiguidade original’ entre Estado e direitos é experimentada historicamente mais em função de um pólo do que outro, isto é, valorizando mais a dimensão de ameaça, ou mais o momento da garantia.” LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 273.

deveres de proteção do Estado, que são impostos a ele para a efetivação completa dos direitos fundamentais²⁷⁷.

Ademais, explica que nas constituições que são baseadas na dignidade humana, como a portuguesa, “*a autonomia pode ser compreendida como uma refração daquela (dignidade), sem que a não verificação das condições de possibilidade da autonomia equivalha a uma perda de dignidade destes sujeitos*”²⁷⁸.

E pelo ponto de vista da bioética, quando o Estado deve legislar? Resta claro ser basicamente impossível uma legislação sempre atual em um campo que está constantemente a inovar: questões que envolvem desde a concepção até à morte, proteção do embrião, clonagem, direitos dos animais, etc. Os valores éticos desenvolvem-se conforme a sociedade avança (ou conforme os homens insistam em ultrapassar limites e “brincar” de Deus), cabendo ao Direito regular valores e comportamentos éticos básicos, sempre a visar a justiça e a proteção das gerações presentes e futuras.

Habermas defende a necessidade de criação legislativa estatal sobre as novas tecnologias e ressalta que “*os desenvolvimentos técnicos geram uma nova necessidade de regulação*”²⁷⁹. Explica o “justo legislativo” e que cabe ao legislador a “demarcação entre prevenção e eugenia”.

De acordo com João Carlos Loureiro, “*sendo indiscutível que os bens bioconstitucionais reclamam a intervenção do Estado*”²⁸⁰, surge a questão se essa deve ser feita com a força da lei ou possa admitir apenas a existência de uma *soft law*, nomeadamente pela atuação das associações profissionais envolvidas no ramo da biomedicina.

O autor explica que as normas deontológicas médicas possuem uma normatividade excludente, uma vez que no plano jurídico afetam apenas o médico e excluem o paciente. Tais normas visam formar um médico “*virtuoso e bioético*” e geram responsabilidade reconhecida, inclusive, na jurisprudência da União Europeia²⁸¹.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 285.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 475.

²⁷⁹ *Apud* João Carlos Loureiro, na nota de apresentação da obra *O futuro da natureza humana - A caminho de uma eugenia liberal?*, p. 34.

²⁸⁰ *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 913.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 919-924.

Surtem, assim, na esfera da bioética e da biomedicina, as comissões e associações plurais, que são formadas por vários profissionais com diferentes áreas de atuação, o que acaba por ser muito mais completo e transversal, com o potencial de representar com mais fidelidade a opinião da sociedade civil²⁸².

Entretanto, na área dos direitos fundamentais e diante da existência de bens “*jusfundamentais*”²⁸³, há a reserva de lei para a salvaguarda do bem comum. Assim, tendo em vista a bioconstituição e seu conjunto de bens primordiais a serem tutelados, ainda são pertinentes as exigências do Estado de Direito e da democracia, apesar do quadro *soft law* de regulamentação possuir uma importante contribuição.

Desta forma, a atuação do parlamento é necessária para que os direitos fundamentais sejam tutelados pela força da lei, mas sem que isso signifique um “*monopólio parlamentar*”²⁸⁴. O Estado não é formado por um poder soberano do legislativo, que deve primar por um procedimento justo de elaboração das normas.

O movimento de “*desjuridicização*”²⁸⁵ e da tentativa de não haver um positivismo exacerbado é relativo na bioética, dada a reserva legal da Assembleia da República para tratar dos direitos, liberdades e garantias.

Assim, as posições tomadas pelas entidades privadas, associações e as ordens profissionais deverão ser tidas em consideração para que uma lei sobre bioética possa ser elaborada com a devida cautela de seu caráter transversal.

O parlamento possui o poder-dever constitucional de ser o órgão legitimado a elaborar as normas de forma a zelar pela constituição e pelos direitos fundamentais. Mas para que esta atribuição seja realizada com justiça, diante das incertezas de conceitos e situações trazidas pela ciência, é necessária a participação da sociedade para a concretização de uma democracia de qualidade.

Destarte, a regulação em sede de bioconstituição deve ser feita com a observação do princípio da cooperação²⁸⁶, através do qual é possível a produção legislativa de modo mais completo nesta área repleta de incertezas. A biotecnologia traz consigo muitas dúvidas e é função do direito ditar valores éticos básicos, como por exemplo: a proibição da eugenia, clonagem humana, implantação de embrião de uma espécie em outra, fusão de

²⁸² *Ibidem*, p. 926.

²⁸³ *Ibidem*, p. 929.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 931.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 939.

embriões, criação de embriões para uso em pesquisas ou para destinação comercial, e o uso banal das técnicas de reprodução assistida para deleites fúteis do homem (v.g., manipulação embrionária para escolha do sexo da criança a ser gerada). Cabe ao direito coibir comportamentos abusivos e prejudiciais a toda sociedade e a dignidade humana, presente e futura.

A partir deste raciocínio, o Reino Unido centralizou toda a regulamentação de tratamentos artificiais de reprodução pelo *The Human Fertilization and Embryology Act (HFE Act, 1990)*²⁸⁷, após a recomendação do *Warnock Report*²⁸⁸. O *HFE Act*, que atualmente está na sétima edição, criou a *The Human Fertilization and Embryology Authority*, o corpo estatal pioneiro para regulamentar a prática da PMA. Por sua vez, a HFEA editou o *Code of Practice*, que é revisto a cada dois anos e determina um grande controle na efetivação da PMA, na manipulação embrionária bem como na proteção primordial da criança.

Aspecto interessante na regulamentação da bioética é a participação da sociedade em um processo mais democrático de elaboração das normas. Os países que preveem uma maior democracia participativa em biodireito são a Dinamarca e os Estados Unidos da América, através das conferências de consenso.

Os países nórdicos²⁸⁹ têm uma grande tradição de participação dos cidadãos na regulamentação de questões bioéticas, sendo que todos são incentivados a participar do processo decisório. Com o crescimento das dúvidas trazidas pela bioética, surgem as conferências de consenso²⁹⁰, abertas ao público. Os cidadãos podem participar na elaboração de um painel de discussões, que são feitos com amplo acesso ao público e à imprensa. As questões são respondidas por peritos das diversas áreas e ao final é elaborado um relatório que é divulgado nos meios de comunicação e entregue aos deputados para apreciação legislativa.

Modelo semelhante de conferência de consenso é realizado nos EUA, que apesar de possuírem um âmbito de atuação mais regional e centrado em avaliações científicas, as

²⁸⁷ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, já com as atualizações feitas em 2008, com acesso em maio de 2014.

²⁸⁸ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*, 2005, p. 127.

²⁸⁹ A Noruega não considera a infertilidade como doença e possui uma legislação de 1987, revista em 1994, extremamente rígida e restritiva. É frequente a procura de tratamentos em outros países pelos cidadãos noruegueses. FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *Op. cit.*, 2005, p. 131-132.

²⁹⁰ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 934.

questões também são discutidas pela perspectiva da ética, economia, questões sociais e direito²⁹¹. O público pode propor temas aos especialistas e há a formação de grupos que representem os pacientes e cidadãos. Na elaboração da declaração final há a preocupação de ser usado um vocabulário não científico, de fácil compreensão por todos, e quando não há consenso, devem constar as posições majoritárias e minoritárias.

Em Portugal, o Estado é constitucionalmente obrigado a legislar sobre reprodução assistida, consoante determinação do artigo 67.º, 2, e, da CRP, sendo que a lei sobre procriação medicamente assistida foi editada em 2006 e será adiante melhor analisada.

Antes disso, em 1990, foi criado o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida²⁹², que rege as comissões de ética existentes no país. As comissões possuem a função de aconselhamento da esfera pública e do poder político, bem como para os médicos e investigadores clínicos²⁹³.

Loureiro ressalta que, ao mesmo tempo que as comissões são independentes, há a necessidade de ser efetivado algum tipo de “*mecanismo público de supervisão*”²⁹⁴, dado o dever de proteção estatal existente e a importância dos bens constitucionais em jogo.

De tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, notório que a procriação artificial e a manipulação do embrião não pertencem ao núcleo restrito do particular. Na medida que interferem de tal forma na constituição das futuras gerações, o biodireito passa a ser considerado um direito difuso, que interessa à sociedade como um todo²⁹⁵.

Não obstante, esta posição é defendida com parcimônia e bom senso²⁹⁶, uma vez que “*quem é suficientemente forte para proteger todos, é também (potencialmente) suficientemente forte para a todos oprimir*”²⁹⁷.

Um exemplo de intervenção estatal que extrapola o limite da dignidade humana ocorre na China. Em 1994 foi editada uma lei que obriga todos os casais, antes do

²⁹¹ *Ibidem*, p. 935.

²⁹² “Portugal foi um dos primeiros países europeus a sentir a necessidade de um comité de bioética a nível nacional. Criado em 1990 e a funcionar junto da Assembleia da República desde 2009, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) é um órgão consultivo independente, que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida.”. Mais informações em <http://www.cnecv.pt/index.php>.

²⁹³ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 963.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 974.

²⁹⁵ Neste sentido Sergio Moccia enuncia que “...a mio avviso, l'intera società, che é portatrice dell'interesse diffuso, da un lato, alla continuità della specie, ma anche, dall'altro, all'integrità complessiva, attuale e futura, dei suoi componenti”. *Bioetica e biodiritto*, 1990, p. 875.

²⁹⁶ Sobre responsabilidade política, v. Maria Benedita Urbano, *Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar*. Boletim da Ordem dos Advogados n.27, 2003, p. 38-43.

²⁹⁷ Hobbes *apud* Loureiro, *op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 272.

casamento, a realizar exames médicos para detectar se são portadores de alguma anomalia geneticamente passível de transmissão ao filho. Se algum deles for, o casamento só será autorizado se aceitarem submeterem-se à esterilização²⁹⁸.

Assim, para que não haja o excesso legislativo na esfera da vida privada ou na regulamentação de um direito fundamental, e que na mesma medida não haja a formação de uma legislação insuficiente (ou déficit legislativo), João Carlos Loureiro²⁹⁹ aponta uma metodologia importante: primeiramente, verificar se há um dever específico de proteção; identificar se existem outros bens constitucionalmente tutelados em confronto, para que a ponderação seja realizada caso haja esse conflito³⁰⁰; perceber se o meio a ser empregado assegura proteção suficiente e não apenas a proteção mínima, ao mesmo tempo em que se verifica se a ingerência não é exacerbada e se não há uma hipótese intermediária mais coerente; e, por fim, realizar uma análise de custos/benefícios da regulamentação.

A discussão do excesso de legislação no âmbito da PMA *post mortem* é igualmente repleto de polêmicas e questiona-se até que ponto a vontade da pessoa que deixou o material genético poderia prevalecer ou sofrer ingerência estatal.

Sandra Marques Magalhães³⁰¹ cita uma pesquisa exposta no livro do autor francês Grégoire Moutel, feita com homens que congelaram amostras do seu sêmen antes de submeterem-se a tratamentos rádio e quimioterápicos contra o cancro. O resultado mostrou que a grande maioria sustenta que, havendo o consentimento, não caberia ao Estado negar à mulher sobreviva a sua utilização³⁰².

Contudo, como anteriormente já mencionado, para que todos os direitos fundamentais envolvidos na técnica da PMA póstuma sejam concretizados, a legislação infraconstitucional se faz extremamente necessária, inclusive para tutelar a necessidade do consentimento.

²⁹⁸ Cf. QUINTAS, Bárbara Catarina. *Do Nascituro como sujeito de direito na indemnização pelo dano da vida*, 2013, p. 29.

²⁹⁹ *Op. Cit.*, Vol. II, 2003, p. 941 e 942.

³⁰⁰ O conflito ocorre quando dois ou mais direitos constitucionalmente protegidos entram em contradição concreta (quando o “*âmbito de protecção constitucional intersecta o âmbito de outro direito tutelado em âmbito constitucional*”). Tal colisão pode ser entre vários titulares de direitos fundamentais ou o confronto entre os próprios direitos fundamentais. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2012, p. 254.

³⁰¹ *Op. cit.*, 2010, p. 56.

³⁰² 72% rejeitaram que a decisão de destruição do material *post mortem* fosse feita por lei ou ato judicial e entendiam que essa decisão também cabia à companheira. *Idem*.

São muitos os valores e nuances de direitos fundamentais a serem observados nos casos de PMA *post mortem*, e para que sejam atingidos com mais eficácia não há outra forma senão a imposição de parâmetros básicos.

Desta forma, faz-se absolutamente necessária a imposição de limites por parte do Estado, sendo primordial a atuação do Poder Legislativo³⁰³ para a regular as relações biotecnológicas da melhor forma possível³⁰⁴. A autonomia individual deve ser preservada no sentido do cidadão tomar decisões livres e consentidas, mas que não causem danos a outrem ou mesmo às gerações futuras. Quando há tal potencialidade, como todos os demais direitos, devem ser limitados³⁰⁵.

3.2 O biodireito português: a Lei 32/2006

Portugal apresenta há muitos anos um panorama demográfico de baixa natalidade e dificuldade na renovação da população. Desde 1982 que o número de crianças nascidas é insuficiente para assegurar a substituição das gerações, fazendo com que a população envelheça em um ritmo acentuado e que a faixa etária entre zero e 14 anos seja insatisfatória³⁰⁶.

Além dos fatores sociais e econômicos que geraram este panorama, a infertilidade é outro ponto a ser considerado na limitação da taxa de natalidade.

Todavia, o problema da infertilidade encontrou algumas soluções com o desenvolver da ciência e assim surgem normas que regulam o tratamento e uso da PMA

³⁰³ De acordo com Rousseau, a vontade geral, que expressa o bem comum, é atingida pelas leis. O parlamento (que detém o poder que advém do povo) é responsável pela garantia dos valores fundamentais e a conciliação de direitos do povo. Andréa Vieira e Pedro Vieira, *O contrato social em Rousseau no Estado Judicialista*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fc170ecbb8ff1af>, com acesso em abril de 2014.

³⁰⁴ “En un modelo de deliberación pública deben participar no sólo los sabios ilustrados (Kant), los ciudadanos (Rawls) o aquellas personas que se orientan por intereses universalizables (Habermas), sino todos los afectados por las decisiones; que en el caso de las cuestiones de ecoética, de genética, o de informática a menudo son todos los seres humanos, incluidas las generaciones futuras, y también la naturaleza, que necesita ‘representantes’ de sus ‘intereses’”. CORTINA, Adela. *La Dimensión Pública de las Éticas Aplicadas*, 2002, disponível em <http://www.rieoei.org/rie29a02.htm>, com acesso em abril de 2014.

³⁰⁵ “Perante os novos poderes que a ciência dá ao homem sobre a vida e si próprio, é importante que ele segure as rédeas do progresso e tome as decisões éticas que lhe torne possível planejar um futuro autenticamente humano. E assim poderemos definir bioética como o saber transdisciplinar que planeia as atitudes que a humanidade deve tomar ao interferir com o nascer... Bioética é a decisão da sociedade sobre as tecnologias que lhe convém. É expressão da consciência pública da humanidade”. ARCHER, Luís. *Origem científica e âmbito transcienceífico da bio-ética*, 1995, p. 61.

³⁰⁶ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *Op. cit.*, 2005, p. 139-140.

em pessoas inférteis que desejam ter filhos, para que o uso da tecnologia e o direito fundamental de formação da família seja efetivado.

Assim, surge a bioconstituição portuguesa³⁰⁷, que assenta em um conjunto de princípios e valores explanados no Capítulo II, nomeadamente no que tange às disposições da CRP sobre a dignidade humana, direito à vida, saúde, integridade pessoal, formação e proteção da família.

Tendo em vista a concretização de tais princípios constitucionais, Portugal possui um ordenamento jurídico com várias normas referentes à procriação assistida e proteção do embrião (que complementam a LPMA), tanto de origem interna quanto transposições de diretivas da UE.

Assim, além das normas mencionadas no item 2.1 (o Despacho n.º 14788/2008 do Ministério da Saúde - que cria o Projeto de Incentivos à Procriação Medicamente Assistida³⁰⁸ e a Circular Normativa n.º 18/2011 - melhoria do acesso ao diagnóstico e tratamento de infertilidade³⁰⁹), vale ressaltar: o Decreto-Lei n.º 97/95 (cria as Comissões de Ética para a Saúde)³¹⁰, Lei n.º 12/2005 (que regula a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação)³¹¹, e a Lei n.º 12/2009 (que estabelece o regime jurídico para o cuidado e a manipulação de tecidos e células de origem humana, transpondo algumas diretivas para a ordem jurídica interna)³¹².

Sendo este o panorama legislativo da bioconstituição portuguesa e da legislação ordinária, diante da tutela cada vez maior em benefício dos que necessitam utilizar da PMA, fundamental salientar como o Direito Português trata sobre a PMA *post mortem* na sua legislação infraconstitucional, face os direitos e princípios norteadores estabelecidos na Constituição da República Portuguesa.

³⁰⁷ LOUREIRO, João Carlos. *Op.cit.*, Vol. I, 2003, p. 557.

³⁰⁸ http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DespachoMS_14788_2008.pdf, com acesso em junho de 2014.

³⁰⁹ http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_CircularACSS_18_2011.pdf, com acesso em junho de 2014.

³¹⁰ http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DL_97_95.pdf, com acesso em junho de 2014.

³¹¹ http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_12_2005.pdf, com acesso em junho de 2014.

Seguindo a determinação do artigo 67.º, n.º 2, e, da CRP, em 2006 foi promulgada a Lei n.º 32, que regula as diversas modalidades de procriação medicamente assistida, incluindo-se a *post mortem*.

O artigo 30.º desta lei cria o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que possui o dever de pronunciar-se sobre questões éticas, sociais e legais relativas à PMA. Ao CNPMA cabe, inclusive, fiscalizar os centros onde são realizadas as técnicas de reprodução medicamente assistida, aprovar ou rejeitar projetos de pesquisa em embriões, aprovar os termos de consentimento, dentre outras competências.

Seu artigo 3.º reforça os princípios constitucionais da dignidade humana e da não discriminação, igualmente consagrados na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

Entretanto, contrapondo-se ao artigo 1.º da CRP que dispõe sobre a “dignidade da pessoa humana”, esta lei usa a terminologia “dignidade humana”. Tal distinção tem em vista a proteção jurídica do embrião³¹³ e proporcionar hipóteses para que haja expectativa de vida, como ocorre com a possibilidade de adoção de embriões³¹⁴ e a implantação *post mortem* do embrião já concebido.

Ainda na seara da dignidade humana, observa-se na lei a proibição da clonagem reprodutiva, e relativamente à não discriminação, a lei dispõe sobre a proibição de distinção ou discriminação de uma criança por esta ter nascido por uma técnica de PMA³¹⁵, atribuindo-lhe os mesmos laços jurídicos da filiação.

Em relação à procriação *post mortem*, a legislação em vigor parte do princípio da sua proibição, estabelecendo, contudo, uma exceção.

O artigo 22.º, 1, determina que “*Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação*”. Deste modo, há a vedação legal

³¹² http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_12_2009.pdf, com acesso em junho de 2014.

³¹³ Lei que não equipara o embrião à pessoa humana, contudo, procura protegê-lo da melhor forma possível. RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 81-94

³¹⁴ Para o aprofundamento na questão da adoção de embriões, vide a coletânea de artigos jurídicos de Thomas Berg e Edward Furton. É abordada tanto a questão da possibilidade de adoção de um embrião, quanto o ponto de vista de vários autores que defendem a adoção de uma criança, em detrimento da necessidade de uma gravidez a qualquer custo. *Human embryo adoption: biotechnology, marriage and the right to life*. Philadelphia: The National Catholic Bioethics Center, 2006.

³¹⁵ Seu artigo 5º prevê que “*o assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA*”.

da utilização do material genético masculino e a realização da FIV, ou seja, a proibição da realização da fertilização e da inseminação póstuma. Seu nº 2 dispõe, ainda, que o material genético que foi criopreservado com fundado receio de futura esterilidade deve ser destruído após a morte do seu dador.

A exceção legal consta no nº 3 do mesmo artigo, que determina que “*é lícita a transferência de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*”.

Desta forma, a lei portuguesa fixa seu regime de acordo com o momento da fecundação, da formação do embrião: se esta ocorrer antes da morte do pai é teoricamente permitido que os embriões sejam transferidos, desde que haja consentimento por escrito e ultrapassado um lapso temporal para reflexão da mulher. Porém, se houve apenas a recolha de material biológico mas não houve tempo hábil para a formação do embrião antes do falecimento do “pai”, a inseminação ou fertilização é proibida, devendo o material genético ser destruído, ainda que haja manifestação de vontade declarada.

Todavia, esta proibição legal não é acompanhada de tutela penal, ao contrário, a lei prevê a proteção da criança e o princípio da não discriminação, ao bem estabelecer no seu artigo 23.º que se tal proibição for desobedecida e uma criança nascer por fertilização ou inseminação *post mortem*, será tida como filha do falecido e possuirá os mesmos direitos de filiação.

Sendo estas as disposições legais sobre a inseminação póstuma, cabe agora uma análise mais detalhada sobre seus méritos e omissões.

Inicialmente, a título de formalidade, o artigo 22.º da Lei 32/2006 possui a epígrafe intitulada de “*Inseminação Post Mortem*”. Todavia, a doutrina aponta esta denominação como indevida, uma vez que a lei a proíbe e faz uma exceção à prática da transferência embrionária, sendo que tecnicamente ficaria mais correto se esta fosse a epígrafe³¹⁶.

A permissão legal da realização da transferência póstuma é condizente com a tutela do embrião. Ao legalizar a possibilidade da implantação, dá-se a chance de um embrião vir a nascer e não ser desnecessariamente descartado, sendo cumpridos os demais requisitos legais. Além disso, uma vez que a legislação portuguesa não restringe o número

³¹⁶ SILVA, Paula Martinho da. *Op. cit.*, 2011; RAPOSO, Vera Lúcia. DANTAS, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p.90.

de embriões a serem formados e sendo a FIV uma prática cada vez mais frequente, é inevitável ocorrerem cada vez mais casos de pedidos de transferência *post mortem*.

E havendo o projeto parental consentido pelo “pai” e a vontade da mulher em ter o seu embrião implantado e seguir na realização do desejo de ter um filho, não há argumento jurídico relevante para a prática ser vedada. Conforme anteriormente analisado, não há como resumir o modelo parental bilinear como sendo o único capaz de criar um filho de forma saudável e plena.

No estágio atual da psicologia não há estudos que comprovem que uma criança nascida em um seio familiar tradicionalmente tido como incompleto tenha um desenvolvimento inferior. Uma mulher que trava as maiores batalhas (morais e muitas vezes legais) para poder gerar um filho, de certo que será capaz de prover todas as necessidades materiais e psicológicas para o desenvolvimento integral de uma criança.

Assim, cumpridos os requisitos legais objetivos, a permissão da transferência *post mortem* é positiva para todos os envolvidos: protege o embrião e evita sua destruição desnecessária, permite à mulher realizar seu direito fundamental de formação da personalidade e constituição de família, bem como é respeitada a vontade dada em vida e manifestada pelo “pai”.

No entanto, para que tudo isso se concretize de maneira a preservar o direito mais importante, que é a proteção da criança a nascer (e, conseqüentemente, a proteção das futuras gerações), certos requisitos precisam ser cumpridos.

O primeiro deles é aquele que foi analisado no Capítulo I, qual seja, a necessidade do consentimento expresso do “pai”. O artigo 22.º, 3, determina a obrigatoriedade de consentimento por escrito e esta determinação é necessária para demonstrar que havia entre o casal um projeto parental fortemente estabelecido. Ademais, protege a dignidade humana, que surte efeitos mesmo após a morte. No entanto, conforme analisado, a lei deveria obrigar a manifestação do homem no início do tratamento sobre o destino do embrião caso lhe sobreviesse a morte.

Outro requisito extremamente importante a ser observado é que seja decorrido “o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. Porém, não há determinação de medidas positivas a serem tomadas para contribuir a esta oportuna ponderação durante este lapso temporal necessário.

A situação da mulher é extremamente complexa neste caso. Uma mulher que se prepara para conceber um filho, tem um embrião formado por uma fertilização *in vitro* e de repente é assolada com a morte do seu companheiro.

Como determinar se há equilíbrio suficiente e se houve a “*adequada ponderação*” para tomar esta difícil decisão? A decisão de gerar um filho que nascerá previamente órfão e que ela será a única responsável pela concretização de todos os fatores materiais e psicológicos para a formação completa de uma criança; como saber se todas as questões foram prudentemente avaliadas? Se não é uma tentativa inconsciente de “substituir” a ausência do companheiro com o nascimento de um filho?

No intuito da proteção da criança a nascer (que deve ser sempre a principal preocupação), mas igualmente para a proteção da própria mulher, deveria haver a obrigatoriedade de uma avaliação psicológica.

Vera Lúcia Raposo³¹⁷ ressalta a diferença dos procedimentos da adoção e do uso da PMA. Na adoção, para uma pessoa ou casal poder legalmente adotar, passa por uma rigorosa avaliação se possui ou não capacidade psicossocial para tanto. Por outro lado, para poder fazer uso de uma técnica de PMA, há apenas a necessidade de satisfação de critérios objetivos previstos em lei, sem uma análise psicológica e mais abrangente como na adoção. Tal reflexão é muito oportuna e demonstra, de acordo com as análises do presente trabalho, a necessidade de haver uma maior regulamentação (o que não defende citada autora).

A avaliação psicológica se faz extremamente necessária para perceber se a interessada na transferência possui o discernimento de todos os fatores que estão em causa, além de ser a oportunidade de uma avaliação interior mais profunda.

Uma avaliação profissional poderia dizer se a mulher não está a agir por impulso ou depressão, mas que possui a efetiva consciência que será capaz de, sozinha e por seu próprio esforço, prover a criança com tudo que lhe seja necessário para uma vida plena e feliz.

A defesa da obrigatoriedade deste requisito não é de ordem discriminatória, mas sim uma tentativa de proteção da mulher e da criança, utilizando-se por analogia uma necessidade nos processos de adoção.

³¹⁷ *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p.60.

Dispõe o n° 2 do artigo 1973.º do Código Civil, que para dar início ao processo de adoção, este deverá conter um inquérito que incida sobre a “*a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para criar e educar o adoptando, a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção*”.

Esta determinação legal vai no sentido de efetivar a proteção da criança e deve ser tomada em consideração pelo julgador quando da apreciação do pedido³¹⁸.

Assim, para que uma criança seja adotada, há a necessidade de realização de um relatório e estudo prévio do candidato a adotante, que deve dizer sobre sua personalidade, idoneidade, saúde e sua situação econômica e familiar³¹⁹, imposições tais constantes no artigo 6.º do Decreto-Lei 120/1998.

Este estudo é de primordial importância e deverá ser realizado por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, através de visitas e entrevistas, para perceber as “*profundas motivações da sua pretensão*”³²⁰, sua capacidade afetiva, educativa, saúde física e mental. O artigo 11.º do mesmo decreto dispõe sobre a necessidade de a segurança social dispor de uma equipe interdisciplinar e qualificada em termos de recursos humanos.

Tomé d'Almeida Ramião ressalta a importância desta avaliação prévia, no sentido de analisar a real motivação do adotante, se este não está a agir por um “*desequilíbrio afectivo*”, proveniente de ansiedade ou depressão³²¹.

De acordo com Pereira Coelho, a adoção possui a natureza jurídica de um ato complexo, que apenas se justifica quando estiver à “*luz do interesse geral*”³²². Defende que a tutela da criança não é feita meramente por um juízo de legalidade, do mesmo modo por um juízo de oportunidade, sendo que só deverá ser decretada quando apresentar reais vantagens para o adotando, cumprindo-se então o superior interesse da criança previsto no artigo 1974.º, n° 1, do CC³²³.

³¹⁸ NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*, 2001, p. 1577.

³¹⁹ RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Guia Prático da Adopção*, 2002, p. 31.

³²⁰ *Ibidem*, p. 32.

³²¹ *Idem*.

³²² *Curso de Direito de Família*, 2003, p. 52.

³²³ *Ibidem*, p. 58 e ss.

O direito aprimora-se conforme o desenvolvimento da sociedade, e, dado o carácter extremamente incipiente do uso da PMA, mais vale uma disposição preventiva e cuidadosa da lei do que a sua omissão³²⁴.

A comparação feita dos requisitos da adoção não corresponde à comparação com o instituto da adoção em si. Tal paralelismo, como anteriormente mencionado, não pode ser feito pelo abismo das diferenças entre aquela e a PMA. Todavia, este argumento é válido quando parte-se do princípio da proteção maior devida à criança. Se na adoção, que é excepcionalmente nobre e que beneficia toda a sociedade, há a necessidade de uma profunda investigação da vida do adotante, por que não pode existir o mínimo sequer desta análise prévia quando da realização da PMA póstuma?

E na verdade não corresponde a uma investigação no sentido da exigida na adoção, mas sim na verificação das condições emocionais da mulher e igualmente uma oportunidade para esta refletir em conjunto de um profissional que compreende suas angústias, medos e anseios³²⁵.

Com isto, uma avaliação psicológica da mulher que postula a realização da PMA póstuma faz-se necessária para uma proteção mais completa pela lei, que não ficaria restrita apenas a critérios materiais. Desta forma, o lapso para reflexão seria mais proveitoso e haveria mais certeza de que a decisão tomada foi muito bem pensada, ponderada e desejada³²⁶.

Outrossim, muito embora haja a disposição legal que prevê a necessidade de cumprimento de um prazo para que a mulher possa tomar uma decisão ponderada, não há a determinação de qual seria seu limite mínimo e máximo. Isto acarreta à figura jurídica da PMA póstuma uma subjetividade enorme, uma vez que fica ao critério do próprio médico determinar o tal “prazo adequado”.

³²⁴ Interessante a leitura da obra *Adopção em Portugal* – Coleção “Temas de Psicologia”, com a edição de João Barroso, Fátima Morais e João Guedes Barbosa. É descrita em vários textos a necessidade de uma atuação psicológica no processo de adoção, para promoção do desenvolvimento global de todos os envolvidos. É uníssona a primordialidade de uma avaliação interdisciplinar, com a participação de psicólogos.

³²⁵ Eduardo de Oliveira Leite manifesta uma das maiores restrições quanto à realização da PMA póstuma, no sentido de que “*a inseminação post mortem não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, concluindo quanto ao desaconselhamento de tal prática*”. Com uma avaliação prévia diminuiria o risco da mulher tomar uma atitude mal pensada e por consequência, mostraria que esta teria condições de prover à criança um desenvolvimento pleno de sua personalidade. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 1995, p. 154-155.

³²⁶ “...quando não se verificam os pressupostos de uma vontade livre, vale aqui um dever de protecção do Estado do cidadão contra si próprio”. LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 481.

Todavia, não parece este um caso de omissão legislativa.

Quanto ao prazo mínimo, havendo uma análise da condição psicológica da mulher, a imposição de um prazo mínimo poderia cercear de forma abusiva a liberdade de uma mulher plenamente apta a tomar a decisão pela transferência. A maior relevância não é a fixação de um prazo mínimo estabelecido em lei. Se for para ocorrer uma alteração legislativa, melhor que seja para a imposição da avaliação psicológica como requisito de admissibilidade, o que seria suficiente para uma reflexão cautelosa.

Com relação ao prazo máximo, não havendo determinação específica no ordenamento em vigor, pode-se concluir que seja os três anos permitidos que um embrião permaneça criopreservado, pelo disposto no artigo 25.º da Lei 32/2006.

Poder-se-ia pensar que este grande lapso temporal é demasiado excessivo e que talvez não fosse favorável à criança, nomeadamente por nascer muito tempo após a morte do pai e pela dificuldade ou até impossibilidade em receber seu quinhão na partilha de bens e assim não ter efetivado seus direitos sucessórios. Um exemplo próximo é a legislação espanhola que fixa em doze meses para que ocorra a PMA póstuma³²⁷.

Contudo, tais argumentos não são suficientes para justificar a imposição de um limite temporal máximo inferior aos três anos. O fato da criança poder nascer muito após a morte do pai não gera outra consequência prática no âmbito da proteção psicológica do menor. Este nascerá órfão de pai de qualquer forma, sendo indiferente neste aspecto ser um, dois ou três anos depois. Oportuno novamente o exemplo do caso *Blood*, em que a requerente teve dois filhos pela PMA póstuma com o intervalo de quatro anos entre um nascimento e outro, sem quaisquer problemas extraordinários ao que nasceu por último.

Com relação ao aspecto econômico e a dificuldade de recebimento da herança, a mulher que postula pela transferência tem consciência, ou deveria ter, deste fator financeiro (mais um argumento pela obrigatoriedade da avaliação psicológica: ampliar as perspectivas e analisar todo o contexto). Se há o desejo da PMA é porque não há impedimento no recebimento do quinhão e que a situação econômica da família é estável. Desta forma, os três anos previstos na LPMA aparentam ser suficientes.

³²⁷ Artigo 9.º, 2: “...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que sumaterial reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial...”.

Destarte, são estas as observações a serem feitas sobre a LPMA portuguesa, nomeadamente em relação à procriação póstuma. De uma forma geral, a lei protege os direitos fundamentais envolvidos e permite que estes sejam concretizados pela imposição de requisitos que são extremamente importantes, apenas com as ressalvas da necessidade dos requisitos da avaliação psicológica e da manifestação prévia de consentimento, que deixariam o procedimento mais seguro para todos os envolvidos.

3.3 O bloco europeu: possibilidade de unidade?

Após a Segunda Guerra Mundial, os países europeus sentiram a necessidade de fortalecerem-se com a sua união.

Em 1949 é fundado o Conselho da Europa, a instituição mais antiga na defesa dos direitos humanos e desenvolvimento da Europa, que atualmente é constituída por 47 Estados e conta com as mais relevantes disposições em biodireito no âmbito europeu.

Logo após sua fundação, em 1951, é assinado em Paris o tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que teve como Estados fundadores a República Federal da Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Holanda. Após várias alterações e crescimento no âmbito comercial, político e social, com a recente adesão da Croácia, em 1º de julho de 2013, a União Europeia passou a ser composta por 28 Estados-Membros, com interesses e objetivos comuns.

Com relação a princípios biomédicos no âmbito europeu, o Conselho da Europa emanou o primeiro documento, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que entrou em vigor em 1953.

A CEDH consagra em seu artigo 2.º o direito à vida (no biodireito aplicado na proteção do embrião, aborto e eutanásia), no artigo 3.º a proibição a tratamentos desumanos ou degradantes e no artigo 12.º o direito à constituição da família (questões que envolvem a PMA)³²⁸. Apesar da dignidade humana não ser mencionada expressamente neste diploma, é o elemento que o estrutura da leitura das suas disposições.

Além da CEDH, significativa é a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHB), emanada pelo Conselho da Europa, em 1997, e ratificada por Portugal em dezembro de 2000. Seu preâmbulo preceitua a “*necessidade de uma*

³²⁸ Disponível em http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf, com acesso em janeiro de 2014.

*cooperação internacional para que a Humanidade inteira beneficie do contributo da biologia e da medicina”*³²⁹.

A CDHB consagra um padrão mínimo europeu de princípios biomédicos, muito embora tenha sido fortemente contestada pela Alemanha, que alega não ter havido uma representação adequada das diferenças culturais e jurídicas dos países³³⁰.

Como enfatiza João Carlos Loureiro³³¹, a CDHB apresenta como princípios básicos biomédicos a dignidade, identidade e integridade do ser humano (art. 1.º), a não discriminação genética (arts. 1.º e 11.º), o primado do ser humano (art. 2.º), a igualdade no acesso aos cuidados de saúde (art. 3.º), o consentimento informado (art. 5.º) e o princípio da não comercialização do corpo humano (art. 21.º). Ademais, há a proibição de utilização da PMA para escolha do sexo da criança a nascer (art. 14.º, com a exceção de casos de prevenção de doença hereditária ligada ao sexo) e a proibição da formação de embriões para fins de investigação científica (art. 18.º).

Todavia, a maior polémica que envolve a CDHB é o conflito do seu artigo 17.º com o artigo 7.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O artigo 7.º do PIDCP determina a vedação da experimentação médica a quem não possa livremente consentir. Por outro lado, o artigo 17.º da CDHB permite, em casos excepcionais, a investigação em incapazes de consentir (após o cumprimento de várias condições, tais como esta investigação gerar um risco mínimo, ter o potencial de trazer benefícios futuros na cura/tratamento de uma doença e que não possa ser realizada em outro com capacidade para consentir). Esta é a maior objeção da CDHB, especialmente invocada pela Alemanha, cujo ordenamento interno equitativamente proíbe a realização de pesquisa em embriões *in vitro*.

O mencionado conflito demonstra a dificuldade de articulação entre os valores nacionais e europeus e a formação de uma bioconstituição europeia. Todavia, não trata-se de uma questão insuperável.

A solução trazida por João Carlos Loureiro³³² está no sentido de, no caso em tela, prevalecer a disposição do PIDCP e questiona, inclusive, se esta norma não pertence ao direito consuetudinário.

³²⁹ Disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2001/01/002A00/00140036.pdf>, com acesso em janeiro de 2014.

³³⁰ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 540-541.

³³¹ *Idem*.

³³² *Ibidem*, p. 547-549.

Com efeito, a resolução do conflito de normas está prevista na própria CDHB. Seu artigo 15.º já menciona que não estão excluídas outras proteções ao ser humano previstas em lei. Além disso, o artigo 27.º dispõe que as normas da própria convenção não podem limitar ou prejudicar um caso de proteção mais ampla. Desta feita, prevalece a proibição do PIDCP no âmbito europeu, com a aplicação das demais disposições da CDHB.

Além disso, outra disposição de biodireito relevante na Europa está no artigo 3.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

A carta proclama que todos têm direito à integridade física e psíquica e limita o poder público e dos particulares. Ademais, como a CDHB, a carta proíbe a utilização do corpo, ou parte dele, como objeto comercial, além de prever o respeito pelo consentimento livre e esclarecido e vedar a prática da eugenia e da clonagem humana.

Sua antecessora foi a Diretiva 98/44/CE, que já previa a proteção jurídica de invenções científicas na área da biotecnologia. Tal diretiva é muito polêmica entre alguns dos Estados-membros, sob o argumento de que viola a dignidade humana por admitir a instrumentalização do corpo humano. Foi impugnada pela Itália, Noruega e Países Baixos no Tribunal de Justiça da União Europeia. A sentença, de 2001, não concorda com o argumento aventado e afirma que apenas prevê a patente de procedimentos técnicos sem ferir a dignidade humana³³³.

No caso, assim como o conflito anteriormente exemplificado, a disposição mais benéfica ao ser humano de direito interno, ou mesmo de âmbito internacional, deve prevalecer. Assim, o controle judicial quando um membro da UE aplica sua própria legislação só poderia ser feito pelo Tribunal Constitucional, ou órgão equivalente, do próprio país.

No que tange à PMA *post mortem*, o único documento promulgado é um princípio do Conselho da Europa, um instrumento *soft law*, constante no Relatório sobre Reprodução

³³³ Há divergência doutrinária acerca de tal decisão, no sentido de considerá-la superficial e ambígua. A sentença estabelece que as patentes apenas estendem-se “*a los datos biológicos que existan en estado natural en el ser humano únicamente cuando sea necesario para obtener y explotar una determinada aplicación industrial*”. Paloma Biglino Campos, *Biotecnología, dignidad de la persona y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p.167.

Humana Artificial, de 1989 (*Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences*)³³⁴.

Tal princípio determina que o material genético criopreservado não pode ser utilizado após a morte do seu dador e que não deve ser permitida nas legislações nacionais a realização da PMA póstuma na esposa/companheira.

Todavia, a determinação negativa refere-se apenas ao material genético, não ao embrião já fertilizado, o que na prática acontece em muitos países da UE.

Desta forma, não há uma disposição de âmbito europeu sobre a PMA póstuma no que tange à transferência embrionária, apenas esta recomendação negativa do Conselho da Europa sobre a fertilização e a inseminação.

Assim, diante da falta de consenso entre os Estados e a necessidade de pacificação das diferenças entre os ordenamentos, Paloma Biglino Campos menciona que uma possível aprovação da Constituição Europeia, projeto que ainda não foi concretizado, poderia contribuir com a divisão de competências entre os direitos nacionais e o comunitário, numa tentativa de unificação³³⁵, especialmente na formação da bioconstituição europeia.

Todavia, a soberania de um país não é assim facilmente limitada e, em passos lentos, os países europeus buscam mitigar cada vez mais suas diferenças. Isto porque, sabe-se que a grande discrepância dos ordenamentos jurídicos em espaços geográficos pequenos ou de fácil acesso pode gerar sérios problemas.

Um exemplo contemporâneo de situação problemática é o “turismo reprodutivo”.

Atualmente é muito comum as pessoas ultrapassarem as fronteiras do seu Estado de origem para ir em busca de um país que possua uma lei mais flexível na realização de técnicas artificiais de reprodução; ou mesmo que ofereçam-nas por um preço melhor. E

³³⁴ Com acesso em abril de 2014, o relatório pode ser encontrado em http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/default_en.asp. O princípio n.º 7, com ênfase no item 4, determina que: “*Principle 7:*

1. *A single person who is at risk of infertility or of another hazard that may impair his or her future procreative capacity may deposit his/her gametes for his or her own personal future use, provided that at the time of the artificial procreation all the requirements set out in these principles are fulfilled.*

2. *Where a person who has deposited his/her gametes for his/her own future use dies during the storage period or cannot be traced on the expiry of that period, the deposited gametes shall not be used for artificial procreation.*

3. *Gametes shall not be stored for a period longer than that fixed by national legislation or any other appropriate means.*

4. *Artificial procreation with the semen of the deceased husband or companion shall not be allowed”.*

³³⁵ CAMPOS, Paloma Biglino. *Biotecnología, dignidad de la persona y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p.170.

com a facilidade de locomoção atual, as distâncias não são mais um limite e o turismo reprodutivo acontece em várias partes do mundo³³⁶.

Caso frequente de turismo reprodutivo é praticado pelas portuguesas, que antigamente iam à Espanha para poder realizar um aborto e atualmente para lá vão em busca de uma PMA, sendo certo que a lei espanhola é neste aspecto mais flexível.

Exemplo emblemático de turismo reprodutivo por divergência nas leis dos países da União Europeia é o caso *Blood*, citado no Capítulo I, item 1.3. Neste caso, a requerente alegou a liberdade comunitária de prestação de serviços de saúde para poder transportar o material genético masculino e realizar a inseminação *post mortem* em um país onde a legislação permitisse. O caso não chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mas abriu a discussão sobre a plausibilidade de considerar a inseminação artificial como um serviço de saúde a ser prestado em âmbito comunitário. Discussão tal ainda incipiente.

Se a diversidade do enquadramento legal da PMA é enorme mesmo em âmbito regional, em âmbito internacional a situação é ainda mais dispersa. Ao compararmos os Estados Unidos, cujo foco legislativo predominante é na autodeterminação de quem pretende utilizar as técnicas, com os países da Europa (que geralmente privilegiam em suas legislações a proteção do embrião), a diferença é descomunal.

Uma tentativa de coibir a prática do turismo reprodutivo ocorreu na Turquia, que em 2010 promulgou uma rígida legislação que o tipifica como crime. Como possui uma legislação muito restritiva para o uso de PMA, com a nova lei penal passa a ser crime o ato de sair do país para fazer uso de uma técnica de PMA em outro Estado, assim como são punidas as pessoas que contribuem para isso (como um médico que indica uma clínica ou tratamento no exterior)³³⁷.

Os Estados podem tentar coibir e até fazer o uso do direito criminal, mas como proceder quando a PMA foi consumada em outro país e a mulher ou o casal regressam ao Estado de origem com a criança?

³³⁶ Ressalta a importância da realização de uma Constituição Europeia que delimitasse o reconhecimento dos direitos fundamentais. Entretanto, a divergência entre os ordenamentos jurídicos internos dificulta esta diretiva, ainda mais no campo eminentemente controverso da utilização de técnicas de reprodução assistida. VILLAR, Gregorio Cámara. *Los derechos fundamentales en le proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, 2005, p. 243.

³³⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 314 e 315.

Tal fato ocorreu no ano de 2007, em França, país que, assim como Portugal, proíbe a maternidade de substituição. Um casal de franceses foi à Califórnia, contratou uma mãe de substituição e, ao final, registrou a criança em seu nome. Quando regressaram à França, o Ministério Público pediu a anulação da transcrição do registro de paternidade e maternidade que havia sido feito. Entretanto, a *Court d'Appel de Paris* considerou que, pior do que a violação da ordem pública local, seria a privação da criança dos laços de filiação³³⁸.

Desta forma, de todas as consequências geradas pela diferença nas legislações, a principal conclusão que pode-se chegar no estágio atual de disparidade de leis é sempre a proteção da criança gerada. Os ordenamentos coíbem, mas se há o desrespeito e dele nasce uma criança, não há como a punição recair sobre ela (proteção esta prevista na legislação portuguesa).

Destarte, é certo que a competência, a subsidiariedade e a colaboração judicial³³⁹ são os fatores que mais contribuem para pacificar e unir os países membros da União Europeia. E mesmo que longe de alcançar-se uma bioconstituição em nível europeu, a União Europeia é o organismo internacional sem precedentes e mais eficiente na tentativa de união além-fronteira.

3.4 Proteção no âmbito das Nações Unidas

Após Nuremberg, e com as atrocidades relacionadas à experimentação humana cometidas durante a Segunda Grande Guerra, a comunidade internacional constatou a necessidade de regulamentação acerca da atuação médica, principalmente no tocante ao consentimento informado³⁴⁰.

³³⁸ *Ibidem*, p. 315.

³³⁹ Paloma Biglino Campos, *Biología, dignidad de la persona y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, 2008, p.173.

³⁴⁰ “A autodeterminação é uma condição necessária ao consentimento informado, cuja validade moral e legal depende da capacidade do indivíduo. Esta capacidade de decisão autônoma individual, além das características de desenvolvimento psicológico, se baseia em diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência...”. CLOTET, Joaquim. FRANCISCONI, Carlos Fernando. GOLDIM, José Roberto. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*, 2000, p. 72.

Durante os julgamentos de Nuremberg foi elaborado um código de princípios a serem respeitados quando da realização de experimentação humana. Tais princípios foram adotados no ano seguinte pela Assembleia Geral da ONU e hoje integram a base de princípios bioconstitucionais. A Declaração de Helsínquia é outra fonte muito relevante para compor a base internacional de princípios com relação à bioética. Esta declaração foi elaborada por iniciativa da *British Medical Association*, e se tornou referência por abordar a proteção do homem na experimentação científica para fins terapêuticos, não terapêuticos e a importância do consentimento informado e da autonomia³⁴¹.

A autonomia individual e os direitos humanos foram regulados em âmbito internacional pela primeira vez com a Carta das Nações Unidas (1945) e, principalmente, em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A DUDH, no decorrer dos anos, passou a ser considerada pelo Direito Internacional uma norma *erga omnes* e fonte de direito pela sua aplicação reiterada. É notoriamente significativa por consagrar o princípio da universalidade dos direitos humanos, o princípio da unidade de todos os direitos humanos e a prioridade e a centralidade dos direitos humanos, que devem pautar a atuação estatal e de toda comunidade internacional³⁴².

A proteção universal dos direitos humanos possui várias cartas e tratados, mas detém seu pilar na Carta Internacional dos Direitos Humanos, que é composta pela DUDH e os pactos de 1966: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁴³.

Fator unânime e fundamento principal entre a Carta Internacional e as demais fontes internacionais existentes é a inviolabilidade da dignidade humana e a proteção do ser humano. A partir da sua dignidade as demais normas devem ser elaboradas, sendo que a ética e a lei não podem aceitar atos que a violem.

Sendo assim, a dignidade humana é a base da universalidade da proteção dos direitos humanos, principalmente nas disposições de biodireito.

³⁴¹ LOUREIRO, João Carlos Loureiro. *Op. cit.*, Vol. I, 2003, p. 528-529.

³⁴² MACHADO, Jónatas E. M.. *Direito Internacional*, 2013, p. 401.

³⁴³ Para mais informações, v. *Compreender os Direitos Humanos - Manual de Educação para os Direitos Humanos*, 2013, p. 44 e ss.

Estabelece o preâmbulo da Carta da ONU³⁴⁴ que os povos das Nações Unidas visam reafirmar “*faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person...*”.

Desta forma, a inviolabilidade da dignidade humana e a proteção do bem-estar do ser humano estão consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)³⁴⁵, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)³⁴⁶ e na Carta de Direitos Humanos da União Europeia (2000)³⁴⁷.

Da análise destas principais fontes internacionais de tutela dos direitos humanos, são destacados os seguintes deveres bioconstitucionais: o direito à vida, a proibição da experimentação humana sem consentimento, o direito à saúde, o direito à integridade física e a proibição de tratamentos cruéis ou degradantes.

Com relação à bioética, já em 1975 a ONU promulgou a Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da humanidade³⁴⁸. Esta declaração traz princípios importantes, tais como a necessidade de atuação estatal (com elaboração de leis), com o intuito de alcançar os preceitos essenciais para a proteção da humanidade. Este dever de ação estatal está previsto na necessidade dos Estados promoverem a cooperação internacional, para que todos tenham acesso aos benefícios trazidos pela tecnologia e que esta seja sempre usada para fortalecer a paz e segurança internacionais; na obrigação dos Estados tomarem medidas para que o progresso tecnológico satisfaça as necessidades materiais e espirituais da população, e no dever de serem elaboradas medidas legislativas para efetivação dos direitos e liberdades fundamentais sem qualquer discriminação, entre outras disposições.

Um exemplo destas medidas protetivas é o artigo 14.º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, que estabelece limites ao uso das técnicas PMA, como a vedação

³⁴⁴ Disponível em <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>, com acesso em janeiro de 2014. Dispõe ainda o artigo 1.º que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

³⁴⁵ Preamble: “*...recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family*”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

³⁴⁶ Possui o mesmo preâmbulo do PIDCP, com acesso em janeiro de 2014, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

³⁴⁷ Artigo 1.º - Human dignity: “*Human dignity is inviolable. It must be respected and protected*”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

³⁴⁸ Disponível em <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/063.pdf>, com acesso em janeiro de 2014.

da sua utilização para seleção de sexo. De se ressaltar que esta convenção não menciona qualquer direito positivo no que tange ao uso da PMA.

Outra disposição internacional importante em bioética consta na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005³⁴⁹, que determina no seu artigo 16.º que temos o dever de tomar em consideração o impacto das ciências da vida sobre as gerações futuras, principalmente no que tange à constituição genética.

Desta feita, nos diplomas internacionais relativos à bioética, a mesma preocupação de direito internacional: a primazia da proteção da dignidade humana. Os mais relevantes são: Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (1997)³⁵⁰, Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos (UNESCO-1997)³⁵¹, Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO-2003)³⁵², Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO-2005)³⁵³.

Com relação à PMA *post mortem*, o único documento de carácter internacional emanado é o citado relatório do Conselho da Europa, que defende a proibição da inseminação e da fertilização, sem nada mencionar sobre a transferência embrionária póstuma. Este princípio é restrito ao âmbito europeu e não há qualquer outra disposição sobre este instituto no âmbito das Nações Unidas.

Tendo em vista a complexidade das questões geradas, se faz cada vez mais necessária a discussão no cenário internacional das questões bioéticas.

³⁴⁹ Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>, com acesso em janeiro de 2014.

³⁵⁰ Artigo 1.º - Purpose and object: “Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.”.

Artigo 2.º - Primacy of the human being: “The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>.

³⁵¹ Human dignity and the human genome –Artigo 2.º: “Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

³⁵² Art 1.º – “The aims of this Declaration are: to ensure the respect of human dignity and protection of human rights and fundamental freedoms...”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

³⁵³ Artigo 2.º: “A presente Declaração tem os seguintes objetivos:... contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

Maria Patrão Neves³⁵⁴ ressalta a necessidade e a dificuldade de se formular um documento internacional que seja “*suficientemente geral para poder gerar consensos e suficientemente rigoroso para servir de orientação, suficientemente amplo para que todos os países nele se revejam e suficientemente coeso para constituir uma unidade*”.

Seria isso uma utopia ou uma real possibilidade? A questão pode ser vista com um grande ceticismo, uma vez que muitos países não conseguem tampouco chegar a um consenso interno para estabelecer uma lei bioética. Seria esta unidade possível em dimensão internacional?

Para que haja um padrão geral que realmente possa ser eficaz e produzir efeitos em sentido global, a ética do século XXI não pode ser regida por dogmas ou atributos católicos, islâmicos, evangélicos, etc. Há de ser uma bioética “ecumênica”³⁵⁵ e laica, que possa valer para todos independentemente da cultura e ideologia de um povo.

Entretanto, como encontrar tal ética neutra e laica? Mesmo considerando-se os direitos humanos como fundamentos norteadores, nem todas as nações os aceitam da mesma forma. Ou seja, um direito tido como básico na sociedade ocidental, v.g., a igualdade de direitos entre os sexos, não é uma unanimidade e a diferenciação entre os sexos é considerada um padrão em várias partes do globo. Assim, em países incipientes na proteção dos direitos humanos torna-se inócua a discussão do direito à reprodução artificial e bioética, uma vez que muitas vezes as mulheres sequer possuem o mesmo patamar de dignidade e de direitos que os homens.

Para Maria Patrão Neves, a bioética global seria “*uma unidade da diversidade*”, sendo que uma não anula a outra, a diversidade não necessariamente significa incompatibilidade entre as bioéticas³⁵⁶.

João Carlos Loureiro³⁵⁷ utiliza o termo “bioconstituição mundial” e explica que existem duas possibilidades que poderiam resultar em sua formação. A primeira hipótese

³⁵⁴ In *Bioética e Bioéticas*, op. cit., 2006, p. 305.

³⁵⁵ V. GASPAR, Alexandra Idalina Pereira Gaspar in *Bioética e Dignidade Humana - Uma problematização a partir da antropologia da falibilidade de Paul Ricoeur*, 2008, p. 190.

³⁵⁶ “...unidade que não anula a diversidade, mas que apenas nela e por ela se constrói como uma genuína unidade; referimo-nos à ‘bioética global’ como diálogo ente todos os linguajares de uma mesma língua que, acolhendo uma variedade de regionalismos, se mantém dinâmica e se enriquece; referimo-nos à ‘bioética global’, afinal, como a harmonia perfeita de uma exuberância de sons, como uma bioética polifónica”. Op. cit., 2006, p. 308.

³⁵⁷ Op. cit., Vol. I, 2003, p. 525.

seria a união de um conjunto de princípios comuns de diferentes localidades (a ideia de uma *ethos* mundial, o que poderia ser inviabilizado por modelos nacionalistas, choques de princípios básicos entre as nações e o “choque de civilizações”). A segunda seria uma junção das diversas normas supranacionais dos países, que poderiam ser aplicadas mundialmente.

Explica que a primeira opção, diante da vasta diferença cultural de cada país, é de muito difícil realização. No entanto, uma análise comparativa das diversas normas poderia contribuir para se criar uma norma com princípios gerais comuns que são adotados pelas sociedades, sendo que tal análise é útil para a formação da constituição mundial pela segunda hipótese aventada.

Esta segunda opção é citada pelo autor como a única suscetível de ser viabilizada para a formação da bioconstituição mundial³⁵⁸. Seriam analisadas as fontes e preceitos de relevância bioconstitucional em nível internacional (v.g., DUDH e Declaração Universal sobre o Genoma Humano-UNESCO³⁵⁹), bem como os princípios internos de tutela bioconstitucional nacionais³⁶⁰.

Desta forma, analisando-se as fontes internacionais expostas neste tópico e o conceito de bioconstituição ora adotado, exposto por João Carlos Loureiro³⁶¹, seriam os princípios bioconstitucionais atualmente consagrados os seguintes: a dignidade humana, a inviolabilidade da vida humana, a integridade, o acesso aos cuidados médicos de saúde, comercialização do corpo humano, a autonomia, a prevenção, a cooperação e a proteção da

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 527-528.

³⁵⁹ “A Declaração necessita ser implementada com especial urgência, em função da velocidade sempre crescente do progresso técnico e científico da biologia e da genética, em que cada avanço quase infalivelmente traz novas esperanças para a melhoria do bem estar da humanidade, ao lado de dilemas éticos sem precedentes” Parte do prefácio da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, Koïchiro Matsuura Diretor-Geral da UNESCO.

³⁶⁰ “Devemos evitar o imperialismo dos sistemas que tendem a abarcar tudo, ordenando a diversidade essencial das instituições éticas num conjunto de categorias inventadas pelos discípulos de um único método em bioética. Precisamos ouvir mais atentamente as vozes divergentes e minoritárias no âmbito da bioética e aspirar a uma maior diversidade de métodos de abordagem das questões que nos incomodam. Especialmente precisamos redescobrir as instituições perdidas das culturas desclassificadas como ‘primitivas’. Essas exigências tornam o debate muito mais difícil, e em vez de chegarmos a uma diversidade rica poderemos ter meramente uma mistura cultural ou uma adulação sentimental do passado. (...) Tudo isso é possível, mas penso que precisamos ser audaciosos em nossa maneira de construir bioética juntos, ser ‘global’ significa mais que meramente dominação do mundo por um paradigma filosófico, cujas conquistas morais são na melhor das hipóteses questionáveis.” PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian in “Problemas atuais de bioética”, 2005, p. 137 e 138.

³⁶¹ *Op. Cit.*, Vol. I, 2003, p. 531-538.

da família (aqui com imensas discussões sobre a necessidade ou não do casamento, homossexualidade e monoparentalidade).

A criação de uma bioética global³⁶² é importante no sentido de ser retomada a perspectiva ampla de Potter, que reforça a dimensão ambiental para além do aspecto biomédico, trazendo à questão um cariz mais social. E com a universalização progressiva dos direitos humanos, é assegurado um mínimo de dignidade para a sobrevivência do ser humano³⁶³.

Interpretando-se os diplomas acima analisados, não há qualquer menção internacional que proíba a transferência embrionária *post mortem*. Ao contrário. A busca pela dignidade humana, proteção do embrião e pelo bom uso da tecnologia não encontra um obstáculo na transferência póstuma, mas sim uma oportunidade de realização.

A concluir, em uma visão não tão otimista, é de difícil realização prática uma diretiva internacional que tenha aplicabilidade universal em bioética e que possa prever todas as suas variáveis tão complexas, nomeadamente a procriação *post mortem*. O que deverá embasar um documento formal internacional é a união dos princípios bioconstitucionais esparsos em várias fontes internacionais. Desta forma, partindo-se da dignidade humana como princípio básico norteador, ainda há muito trabalho a ser realizado.

3.5 Tutela internacional conferida ao embrião *in vitro*

Importante ressaltar qual é a proteção internacional conferida ao embrião; determinar até onde vai o reconhecimento internacional da necessidade de proteção da vida humana *in vitro*.

A tutela internacional ainda é muito incipiente e os primeiros documentos que reconheceram a tutela da vida humana intrauterina (*in vivo*) surgem na década de sessenta. O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos de 1966 (art. 6.º, n.º 5), e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de

³⁶² NEVES, Maria do Céu Patrão. OSSWALD, Walter. *Globalização não é porém, necessariamente, sinónimo de uniformização, Bioética Simples*, 2007, p. 19.

³⁶³ MELO, Helena Pereira de. *Manual de Biodireito*, 2008, p. 208.

1969³⁶⁴ protegem o nascituro ao determinar a proibição de pena de morte à mulheres grávidas.

Com relação à proteção do embrião de proveta, os primeiros documentos de direito internacional que zelam pela sua dignidade humana surgem na década de oitenta, no âmbito comunitário europeu.

Em 1986, o Conselho da Europa editou a recomendação 1046, sobre o uso terapêutico, científico e comercial de embriões e fetos. Determina que estes sempre deverão ser tratados com respeito pela sua dignidade humana e proíbe que sejam produzidos para qualquer outro fim que não seja o terapêutico³⁶⁵. Ainda que restrita ao âmbito europeu, esta recomendação foi importante neste sentido: ressaltar a necessidade de proteção dada à dignidade humana intrínseca ao embrião, inclusive o *in vitro*.

Três anos depois, em 1989, foi editada pelo Parlamento Europeu a Resolução sobre Inseminação Artificial *in vivo* e *in vitro*³⁶⁶. Esta resolução postula, em um aspecto mais amplo, a necessidade da proteção embrionária desde a fertilização: “*mindful of the need to protect human life from the moment of fertilization*”.

Seus itens n^{os} 4 e 5 dispõem da preocupação com o desperdício de embriões e a formação excessiva de embriões excedentários. Em conformidade com a legislação alemã, adverte sobre a necessidade de contenção na formação de embriões *in vitro*, e que estes só deveriam ser formados na medida em que pudessem ser implantados. Ademais, não admite a maternidade de substituição ao prescrever que deveria ser proibida em todos os Estados-membros, bem como deveria haver punição legal para quem procurasse tal técnica com caráter comercial.

Consequentemente, determina que o congelamento dos embriões deve ser realizado apenas em caso de impossibilidade de implantação por doença da mãe e que esta manifeste seu desejo de implantação no futuro (n^{os} 6-8). Preceitua a proibição de o embrião

³⁶⁴ Artigo 4^o, n^o 5, com acesso em janeiro de 2014 disponível em

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

³⁶⁵ “...to forbid any creation of human embryos by fertilization in vitro for the purposes of research during their life or after death... 15... taking into account the necessary balance between the principles of freedom of research and of respect for human life and other aspects of human right”. Com acesso em janeiro de 2014, disponível em <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta86/erec1046.htm>.

permanecer congelado por mais de três anos, e que devem ser “deixados morrer” caso ultrapasse este período sem implantação ou, em qualquer momento, quando a “mãe” biológica morrer. Interessante ressaltar que não há disposição sobre a necessidade de destruição caso o “pai” venha a falecer antes dos três anos, inexistindo proibição expressa da PMA *post mortem*.

Preocupação constante nos diplomas jurídicos europeus é que o embrião não deve ser criado com o fim de servir a experimentos científicos e, quando doado para este fim com o consentimento do(s) “pai(s)” biológico(s), não deve ser submetido à pesquisas arbitrárias (proteção constante da sua dignidade). Tais previsões constam no apêndice das citadas Recomendação 1046 do Conselho da Europa e na Resolução sobre Inseminação Artificial *in vivo* e *in vitro*, ponto B. Igualmente previsto no nº 31 da Resolução do Parlamento Europeu sobre problemas éticos e jurídicos da engenharia genética e na Recomendação nº 1100 do Conselho da Europa³⁶⁷ (B, *i*, bem como no apêndice, itens 3, 4 e 8).

A Recomendação nº 1100 fixa os limites do uso do embrião em investigações científicas de acordo com seu desenvolvimento, viabilidade e localização (*in vitro* ou *in vivo*)³⁶⁸. Estabelece que antes de 14 dias pós-fertilização, é permitida a investigação com a finalidade de prevenir ou tratar doenças, desde que não haja alteração do patrimônio genético não patológico. Veda, por sua vez, a manipulação de embriões implantados. Permite a realização de experimentação em embriões não viáveis e aqui reside a maior crítica desta recomendação: o fato de não mencionar a necessidade de consentimento dos progenitores biológicos, apenas a prévia autorização das autoridades competentes.

Outra importante convenção do Conselho da Europa é a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (Council of Europe’s Convention on Human Rights and Biomedicine - Oviedo, Spain), editada em 1997³⁶⁹. Esta convenção, assim como as demais,

³⁶⁶ Com acesso em janeiro de 2014, disponível em http://www.unboundmedicine.com/medline/citation/12344429/Resolution_on_artificial_insemination_%22in_vivo%22_and_%22in_vitro%22_16_March_1989_.

³⁶⁷ Disponível na página do Conselho da Europa, com acesso em janeiro de 2014: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1100.htm>.

³⁶⁸ SOUSA, Filipa. *A procriação medicamente assistida na União Europeia: harmonizar ou reagir?*, 2008, p. 903.

³⁶⁹ Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>, com acesso em janeiro de 2014.

prevê em seu artigo 18.º a proteção do uso do embrião em experiências científicas, bem como a proibição de sua criação para uso da ciência e a primazia da proteção do ser humano: “*The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science*”.

Ao analisar as posições do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, pode-se observar que seus princípios são linhas gerais e não vinculativos aos Estados-membros, sendo que a regulamentação e aplicação efetiva fica a cargo de cada país. Resta notório que ambos zelam pela dignidade humana de que é titular o embrião *in vitro* e que sua intervenção (para benefício próprio, v.g., tratamento de doença ou malformação antes de ser implantado) ou sua experimentação (para benefício da ciência) devem ser sempre tratadas com muito rigor.

Tendo em vista a necessidade de haver uma maior unidade na legislação europeia para a efetiva proteção do embrião é aventada a possibilidade do surgimento do “Estatuto Europeu para a defesa do embrião”³⁷⁰. Tal documento poderia deliberar com mais profundidade os problemas éticos da proteção embrionária em contraposição com a esperança dos cientistas em descobrir a cura de várias doenças com a realização de experiências em embriões excedentários. Entretanto, mesmo longe de tal estatuto ser promulgado, como já mencionado, a União Europeia constitui o bloco de países que possui a maior organização em termos de proteção internacional, inclusive sobre o embrião.

Assim, se no âmbito europeu a uniformização é extremamente complexa, mais ainda no âmbito global.

Como sequer há consenso sobre o início da vida humana e a resposta a esta questão não é uniforme mesmo no âmbito interno dos países, não há uma regulamentação por parte das Nações Unidas acerca da tutela da dignidade do embrião *in vitro*.

A ONU possui várias disposições sobre a tutela da dignidade humana em bioética, conforme verificado no item anterior. E, na tentativa de proteger a vida humana, foi elaborada uma convenção internacional sobre a proibição da clonagem humana³⁷¹, em que determina que os Estados-membros devem adotar medidas para coibir a prática de todas as formas de clonagem humana (inclusive a embrionária), por ser incompatível com a

³⁷⁰ SOUSA, Filipa. *Op. cit.*, 2008, p. 911.

³⁷¹ Disponível em <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga10333.doc.htm>, com acesso em janeiro de 2014.

dignidade humana e a proteção da vida humana³⁷². Na ocasião, 84 países votaram a favor (Portugal, inclusive), 34 votaram contra e 37 abstiveram-se.

Importante elucidar um dos votos contra, do Reino Unido, que alegou que não podia concordar com o uso da expressão proteção da “vida humana”, uma vez que poderia significar a proibição de todas as formas de clonagem, incluindo-se a realizada em embriões *in vitro* para pesquisas científicas relevantes. Foi alegado que “*sovereign States might decide to permit strictly controlled applications of therapeutic cloning*”.

Este é um exemplo da complexidade em legislar sobre a proteção da vida humana, pois, na linha de conclusões deste trabalho, a vida humana é formada desde a união dos gametas e deve, portanto, ser tutelada em qualquer estágio inclusive enquanto *in vitro*.

Da análise de tais normas protetivas no âmbito europeu e da falta de consenso universal, resta claro que a tutela internacional do embrião fará com que sejam equilibrados os direitos de pais que precisam da fertilização artificial para terem filhos e a liberdade da pesquisa científica, desde que haja sempre o respeito à dignidade humana desde a fertilização.

3.6 Da inércia estatal: o caso brasileiro

Após a análise de Portugal e da tendência mundial em regular-se a proteção da vida humana e do bom uso das técnicas de PMA, cabe um comparativo de um ordenamento jurídico omissivo com relação ao biodireito, como o caso brasileiro.

Não há no Brasil uma lei que regule com o cuidado necessário os casos de procriação *post mortem*, ou sequer uma lei que trate especificamente de procriação medicamente assistida.

Há projetos de leis de vários temas correlacionados ao biodireito e à PMA. Contudo, por dificuldades de ordem política e/ou religiosa, tais projetos demoram

³⁷² “...Member States were also called on to protect adequately human life in the application of life sciences; to prohibit the application of genetic engineering techniques that may be contrary to human dignity; to prevent the exploitation of women in the application of life sciences; and to adopt and implement national legislation in that connection”. Disponível em <http://www.un.org/press/en/2005/ga10333.doc.htm>, com acesso em janeiro de 2014.

demasiado tempo para serem aprovados³⁷³. Em 2006, treze projetos de lei já tramitavam no Congresso Nacional, para tratar especificamente da proteção do embrião³⁷⁴.

A lei de biodireito mais expressiva do ordenamento jurídico brasileiro é a Lei de Biossegurança nº 11.105/05³⁷⁵. Apesar de não regular em termos de PMA, há a proibição da clonagem e a autorização de pesquisas em células tronco-embriônicas. Entretanto essa possibilidade é prevista com um maior controle social ao determinar a necessidade de estarem congelados há mais de 3 anos e que não sejam objeto de projeto parental.

Sobre a tutela do embrião e esta possibilidade de realização de pesquisas em células estaminais de embriões fertilizados *in vitro* trazida pelo artigo 5.º, foi proposta ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. A ADI 3.510 foi julgada improcedente por maioria de votos, sendo que o voto vencedor do relator foi no sentido de que a proteção constitucional da vida humana refere-se aos já nascidos, a “*um indivíduo já personalizado*”³⁷⁶. Enfatiza o ministro Carlos Britto, que não há o dever de inseminação de todos os embriões excedentários formados e que a pesquisa nestes embriões é do interesse e pode beneficiar toda a sociedade.

Dada a falta de legislação específica sobre a PMA, as decisões são tomadas pela análise dos princípios constitucionais e de outras fontes legais.

A tutela constitucional brasileira, no que tange aos valores que permitiriam a realização da PMA póstuma, é bastante similar à portuguesa. O artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal, determina que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental no Estado brasileiro.

O artigo 226.º da CF determina a proteção do Estado à família. Seu § 7.º prevê a liberdade do planejamento familiar, como consequência da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, “*competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito*”. Assim como Portugal, há o direito fundamental à reprodução, mas não de forma ilimitada e pelo uso indiscriminado de qualquer método

³⁷³ V. BRAUER, Maria Cláudia Crespo. *Biotechnology e Produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil*, inserido na obra *Direitos Fundamentais e Biotechnology*, 2008, p. 192.

³⁷⁴ CORRÊA, Elídia. GIACOIA, Gilberto. CONRADO, Marcelo. *O embrião e seus direitos*, inserido na obra *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana - Diálogo entre a Ciência e o Direito*, 2006, p. 87.

³⁷⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm, com acesso em maio de 2014.

³⁷⁶ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>, com acesso em maio de 2014.

artificial. Este direito decorre também da liberdade prevista no artigo 5.º, *caput* e inciso II da CF.

No § 4.º do mesmo artigo há o reconhecimento constitucional da família monoparental, uma vez que dispõe que entende-se como entidade familiar a “*a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”. Já no § 6.º do artigo 227.º há o direito de igualdade de filiação, que veda qualquer designação discriminatória.

O direito de igualdade de filiação imposto na CF fundamenta a disposição contida no artigo 1.597.º do Código Civil Brasileiro. Este artigo, no seu inciso III, é demasiado importante para justificar a realização da PMA póstuma, uma vez que determina a presunção de que são filhos concebidos na constância do casamento aqueles que são “*havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*”.

Determina ainda, em seu inciso IV, que presumem-se filhos aqueles “*havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*”. Assim, embriões excedentários que não foram utilizados em uma inseminação artificial homóloga podem ser mantidos em processo de criopreservação para uso posterior, mesmo após a morte do “pai”³⁷⁷.

Sendo estas as principais disposições constitucionais e legais que podem justificar a PMA póstuma, historicamente, o direito brasileiro utiliza também as normas deontológicas para decidir sobre procriação artificial, nomeadamente de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92 instituiu as normas éticas para a utilização da PMA³⁷⁸ e foi largamente utilizada para fundamentar decisões judiciais. Admitia a procriação *post mortem* e seus princípios gerais ressaltavam a importância do consentimento informado.

Esta resolução foi substituída pela Resolução nº 1.957 de 2010 do CFM, que estabelece novos padrões éticos para a realização da PMA³⁷⁹. Mantém, contudo, os princípios anteriormente consagrados e de âmbito internacional, como a proibição do uso comercial das técnicas artificiais de reprodução, dever de consentimento informado com

³⁷⁷ Segundo Washington de Barros Monteiro, a paternidade é constatada pela identidade genética e pelo consentimento dado em vida. *Direito Civil – Direito de Família*, 2007, p. 307.

³⁷⁸ PETRACCO, Alvaro. *Bioética e Reprodução Assistida*, inserida em *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito-Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*, 2004, p. 12.

³⁷⁹ Disponível no site do CFM em http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm, com acesso em maio de 2014.

detalhamento do médico sobre o procedimento e a proibição de manipulação para escolha do sexo (a não ser para evitar doenças).

Determinação fundamental e louvável é sobre o consentimento expresso, inserida no item V, nº 3. Estabelece que no momento da criopreservação dos embriões “*os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los*”.

Desta forma, se sobrevier a morte, o consentimento já foi manifestado por escrito, o que evita sérios problemas futuros e poderia inclusive impedir a realização da PMA póstuma. Esta determinação converge com o Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal, que determina a necessidade de consentimento prévio por escrito para que haja a presunção do artigo 1.597.º, III do CC³⁸⁰.

Ademais, a Resolução 1.957 expõe em seu item VIII a possibilidade da reprodução assistida *post mortem* e estabelece que “*não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente*”.

Ao descrever a PMA póstuma em tais termos, o CFM admite, inclusive, sua realização após a morte da mulher e com a utilização de maternidade de substituição. Dada a falta de regulamentação legal sobre o tema, em tese esta modalidade poderia ocorrer em território brasileiro.

Além disso, ao utilizar os termos “*reprodução assistida post mortem*” e “*material biológico*” e não embrião, estariam admitidos as três modalidades de PMA póstuma, não apenas a transferência embrionária, como no direito português.

Desta forma, tendo em vista a possibilidade da realização da PMA póstuma pelos valores constitucionais, pelas disposições no Código Civil e ainda pela Resolução 1.957/10 do CFM, há uma gama enorme de possibilidades pela indefinição no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁸⁰ Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal: “*Artigo 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte*”. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>, com acesso em maio de 2014.

Diante de um caso prático e uma dúvida levada ao judiciário, caberia ao magistrado interpretar e decidir sobre a questão, o que gera inevitavelmente sentenças conflitantes e falta de segurança jurídica.

Por derradeiro, é importante mencionar a questão do direito sucessório da pessoa nascida por esta técnica.

Apesar do CC reconhecer a existência da procriação *post mortem*, não faz qualquer menção com relação aos direitos sucessórios. Prevê seu artigo 1.798.º que “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Dispõe ainda, no artigo seguinte, que podem concorrer na sucessão testamentária os filhos “*ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*”.

Todavia, com a perspectiva dos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da liberdade do planejamento familiar, contidos nos artigos 227.º, § 6º e 226.º, § 7º da Constituição Federal, não há como ser negado o direito sucessório ao concebido por PMA póstuma.

Assim, de acordo com Guilherme Calmon³⁸¹, a morte inesperada não pode cessar a liberdade constitucional trazida no artigo 5.º, II e o direito ao planejamento familiar. Se houve manifestação anterior à morte no sentido de se ter um filho, após o óbito cabe à mulher essa decisão, pela dignidade da pessoa humana. O planejamento familiar iniciado em vida pode surtir efeitos após a morte.

Ao analisar as disposições do direito brasileiro, não há como concordar com a falta de uma regulamentação específica. A proteção integral e prioritária da criança trazida no artigo 227.º da Constituição Federal e no artigo 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente não é absolutamente cumprida ao permitir a realização de práticas tão polêmicas como a PMA *post mortem* sem a determinação de requisitos mínimos. A previsão da necessidade de consentimento é de suma importância, mas precisa haver um padrão nacional imposto às clínicas e ser complementada por mais requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

³⁸¹ A nova filiação: o biodireito e as relações parentais, 2003, p.22.

Sob a mesma ótica da falta de previsão legal, os países europeus que não têm legislação sobre a reprodução medicamente assistida *post mortem* são: República Tcheca, Chipre, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e Eslováquia³⁸².

Outro exemplo de país que não possui determinações legais em nível federal são os Estados Unidos da América. Alguns dos seus estados a permitem e outros tentam impor obstáculos legais (como a necessidade da requerente ter sido casada com o doador do material genético)³⁸³. Optou-se por uma falta de legalização unitária tendo em vista as incertezas com relação à proteção do embrião humano³⁸⁴. Tal inércia favoreceu consideravelmente o mercado das clínicas particulares de reprodução assistida, que possuem os maiores índices mundiais de procura³⁸⁵. Ademais, na falta de regulamentação, sociedades profissionais, como a *American Society for Reproductive Medicine* elaboraram guias para serem seguidos pelas demais clínicas, sem, por óbvio, possuírem a força de uma lei.

Desta forma, para que haja uma maior tutela da pessoa a ser gerada e que a utilização da procriação medicamente assistida *post mortem* e demais técnicas de PMA ocorram de forma prudente, de forma a atingir os preceitos constitucionais, necessária a força de uma lei que tutele tais práticas e imponha o cumprimento de pré-requisitos necessários para o bom uso da tecnologia.

³⁸² *Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report*, p.2360. Com acesso em julho de 2014, disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/20/8/2359.full.pdf>.

³⁸³ GILBERT, Sheri. *Fatherhood from the Grave: An Analysis of Postmortem Insemination*, 1993, p. 528.

³⁸⁴ GLENNON, Theresa. *Op. cit.*, 2009, p. 149 e ss.

³⁸⁵ “*Clinics in most states are free to determine who to accept as patients and what treatments they will offer, including the number of embryos to implant, use of donor gametes and surrogates, and disposition of frozen embryos...only a few states have specifically restricted the use of donor gametes or surrogates...*”. *Ibidem*, p. 150.

CONCLUSÃO

“A arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal.” (Machado de Assis)

O grande desafio da bioética e do biodireito no século XXI é corrigir os exageros trazidos pela ciência, de forma a utilizá-la com justiça para o fim de concretizar a dignidade humana e a proteção das gerações presentes e futuras. No saber de Potter, construir uma ponte para um futuro sustentável do meio ambiente e, conseqüentemente, da humanidade.

E a possibilidade de gerar um novo ser após a morte do pai possui empenhados argumentos favoráveis e contrários, nem sempre com fundamentos jurídicos.

A procriação *post mortem* surgiu com as técnicas de fertilização homóloga *in vitro* e da possibilidade desta ser realizada mesmo postumamente devido a criopreservação de embriões.

Procurou analisar-se quais os limites da autonomia da mulher, dadora do material genético que formou um embrião, que torna-se a única capaz de dispor sobre este após a morte do dador do material genético masculino, bem como a complexa decisão de gerar um filho após a morte do companheiro.

Diante de todos os valores aventados no decorrer do trabalho, a vedação imposta pela legislação portuguesa, no sentido de coibir a manipulação do material genético masculino após sua morte, demonstra ser oportuna. A fertilização e a inseminação póstuma, ainda que com o consentimento masculino, carecem de plausibilidade³⁸⁶.

O procedimento da PMA póstuma deve ser realizado quando há um projeto parental definido e já em estágio avançado de concretização. Conceber um filho previamente órfão de pai deve ser uma exceção concretizável apenas quando suficientemente forte sua motivação. Desta feita, a formação de um embrião após a morte de seu “pai” biológico não pode derivar de uma decisão precipitada tomada diante da situação difícil da morte iminente do elemento masculino, que poderia consentir com o procedimento sem a devida cautela. Ademais, demonstra que o projeto parental de

³⁸⁶ “...não é apenas a violação do interesse da criança a uma família bi-parental e, mais relevante ainda, uma autoimagem conforme à estrutura bio-psicológica da parentalidade, que necessariamente passa pela existência de um ser humano (homem) vivo no momento da concepção...a concepção de um embrião quando já não há vida, traduz uma ruptura ontoantropológica que se nos afigura grave e desestruturadora...”. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2012, p. 316-317.

formação de família estava em estágio inicial, uma vez que não houve tempo para formação do embrião em proveta. Assim, manipular o material genético e formar um embrião após a morte não é condizente com a dignidade humana.

A transferência embrionária, por outro lado, demonstra que o projeto parental foi definido com mais cautela e que a destruição de uma vida humana em potencial, ainda que em estágio embrionário pré-implantatório, não se justifica.

De acordo com a legislação portuguesa, uma pessoa não pode, sozinha, recorrer à uma técnica de reprodução assistida e manipular a vida humana para poder conceber, benefício este exclusivo aos casais heterossexuais.

No entanto, quando o embrião já foi formado, a prática artificial da transferência embrionária após a morte do “pai” constitui uma exceção, no sentido de dar continuidade a um procedimento médico e terapêutico de forma unilateral, mas que foi originado em um projeto parental bilinear.

A formação de uma família de forma singular é uma das razões que faz emergir a comparação da transferência *post mortem* com o instituto da adoção. Questiona-se a razão pela qual uma mulher infértil não recorre a ela se deseja ser mãe mesmo após a morte de seu companheiro. E mesmo antes disso, por que razão um casal não adota ao invés de submeter-se ao dispendioso e desgastante processo de reprodução por meios artificiais?

A comparação das técnicas de procriação assistida, nomeadamente da PMA póstuma, com a adoção é inevitável. Enquanto nesta procura-se uma família para uma criança que já se encontra em uma situação de abandono, naquela o que se busca é uma criança para uma família³⁸⁷.

Se a cultura da adoção fosse prioritária em uma sociedade, se o valor da formação de uma família por meio da adoção constituísse uma grande honra em detrimento da busca pela identidade genética, menos pessoas procurariam meios artificiais de reprodução assistida e manipulação embrionária. Adoção é um ato social e de amor, que demonstra caridade, compaixão e que beneficia toda a sociedade.

Contudo, tais conclusões não podem servir de argumento para que a transferência *post mortem* seja considerada errada ou um ato de egoísmo. Se um casal procurou a medicina para ajudá-los a constituir uma família, significa que o instituto da adoção para eles não é suficiente para atingir a formação da sua personalidade. Como há a possibilidade

³⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p.60.

científica, ética e jurídica para tanto, às pessoas é garantida a autonomia de vontade para fazer suas próprias escolhas. Assim, da nobreza de um instituto não se pode concluir pela proibição do outro.

Desta forma, se um casal optou pela formação de sua filiação por métodos artificiais para suprir a infertilidade, e se no decorrer deste processo médico sobrevém a morte do homem, como negar à mulher o direito de implantar o embrião já formado estando tão perto de poder nascer o filho esperado pelo casal? Seria mais benéfico para esta mulher e para a sociedade que este embrião fosse destruído?

Não parece que se possa chegar a tal conclusão.

Da análise dos valores fundamentais contidos na bioconstituição portuguesa, a dignidade humana é o preceito crucial para reger as relações entre os homens e entre Estado e cidadãos. É um valor intrínseco a todos os seres humanos e para que seja sempre atingida, os demais direitos fundamentais devem ser sopesados.

Assim, é sob a ótica da dignidade humana que deve ser formada a bioética e que devem ser analisados os demais direitos e valores alegados, contrários e a favor da transferência póstuma.

Dentre os direitos em causa na PMA *post mortem*, a CRP consagra a formação da personalidade, a constituição da família, a proteção da criança e o direito à reprodução. A filiação não é um pressuposto da formação da família, mas decorre deste direito. E o reconhecimento ao direito de se ter filhos não implica em um direito à reprodução de qualquer forma e pelo uso indiscriminado da tecnologia. As técnicas de PMA constituem um método subsidiário, não alternativo de reprodução: podem ser usados quando há infertilidade e cumprem-se todos os requisitos legais para seu bom uso terapêutico.

Analisando-se os direitos fundamentais em causa, não se pode concordar com a existência de um direito fundamental à reprodução por métodos artificiais. A constituição prevê o direito à filiação como decorrência do direito de formação da família. Contudo, este direito não pode ser alcançado através do uso ilimitado da tecnologia.

A análise do surgimento de novos direitos dotados de fundamentalidade deve ser feita com muita cautela, de forma a não haver a banalização do caráter de essencialidade dos clássicos direitos fundamentais.

Isto porque, ao mesmo tempo que a CRP reconhece o direito ao uso da tecnologia para concretizar o direito à filiação, determina em seu artigo 67.º, 2, e, a necessidade de

sua regulação e imposição de limites pela legislação infraconstitucional, para a salvaguarda da dignidade humana.

Assim, ao mesmo tempo, admite o uso da tecnologia e reconhece que sua prática de forma ilimitada pode ferir a dignidade humana. Desta feita, é muito precipitado e temerário alegar-se a existência de um direito fundamental ao uso da biotecnologia.

Ademais, conforme examinado, a dignidade permeia tais direitos referentes à prática da PMA póstuma, e através dela podemos ponderar se devem prevalecer ou não.

A realização da transferência embrionária *post mortem* não fere a dignidade humana em nenhum sentido e é uma opção válida, quando bem regulada, para a formação de uma família. Senão, vejamos os argumentos contrários à sua realização.

Poder-se-ia alegar que o fato de nascer muito após a morte do pai traria danos psicológicos à pessoa concebida, que poderia questionar sua própria existência, o que é contrário à previsão constitucional da proteção prioritária da criança e a vedação de todas as formas de abandono. Ademais, pela técnica de procriação *post mortem* seria impossibilitada a efetivação dos direitos sucessórios, bem como seria lesionado o direito à biparentalidade.

Quanto ao primeiro argumento, encontra-se muito vago; trata-se apenas de uma conjectura moral sem comprovação científica, que pode ser rebatida com o argumento contrário de que a criança/pessoa se sentiria muito amada por seus pais terem feito tanto esforço para que ela nascesse.

De acordo com Habermas³⁸⁸, há o dano psicológico ao filho nascido por PMA quando este foi concebido de maneira eugênica, de acordo com um rol de características genéticas escolhidas pelos pais. Isso poderia ocasionar transtornos à pessoa e fazê-la questionar sobre sua própria existência corporal e material.

Não é o caso da PMA póstuma. A pessoa que nasce deste método é fruto de um profundo desejo e planejamento de seus pais, que usaram da tecnologia para concretizá-lo, não apenas mero deleite e manipulação genética. Prescreve o autor que quando há uma *“intenção ‘apropriada’...não pode ocorrer nenhum efeito de alienação da própria existência física e mental, nem a correlativa limitação da liberdade ética de viver uma vida ‘própria’”*³⁸⁹.

³⁸⁸ *Op. cit.*, 2006, p. 97.

³⁸⁹ *Op. cit.*, 2006, p. 105.

No que tange aos direitos sucessórios, é fato que com um grande lapso temporal entre a abertura da sucessão e o nascimento da criança torna-se difícil o recebimento do quinhão que lhe caberia. A partilha de bens já pode ter sido efetivada e sua reversibilidade é de difícil concretização. Todavia, este aspecto negativo não é suficientemente forte para negar o direito à transferência *post mortem*.

Com efeito, se há a vontade da mulher em efetivar o procedimento é porque a questão patrimonial é passível de ser contornada. Sopesando-se os direitos envolvidos e sempre tendo em vista atingir a dignidade de todos os envolvidos, prevalece o direito da mulher e a possibilidade do embrião ser implantado ao invés de ser destruído, quando comparados ao aspecto material.

Deveras, o direito sucessório deve ser garantido ao filho nascido pela PMA *póstuma*. É vedada a discriminação entre os filhos e, tendo em vista que o prazo máximo para efetivação da PMA *póstuma* são os três anos admissíveis de criopreservação do embrião e que os processos judiciais de partilha tendem a demorar um tempo considerável, o quinhão ao que nasce por este método deverá (e muitas vezes poderá) ser sempre resguardado.

Em relação à biparentalidade, tal argumentação jurídica, de tudo que foi analisado, encontra-se cabalmente refutada pela possibilidade de formação de família monoparental em quaisquer outras situações, como pelo divórcio, pela adoção e mesmo por deliberação unilateral da própria da mulher. Além disso, não há nenhum dispositivo expresso na CRP que afirme a necessidade de haver ambos os pais para a proteção superior da criança, que a biparentalidade é uma condição *sine qua non* à formação de uma família.

É válido o argumento de que a adoção monoparental é aceitável pois a criança já encontra-se em um estado de desvantagem e abandono, sendo-lhe mais benéfico possuir apenas um dos pais do que nenhum. Contudo, tal argumento não diminui o reconhecimento de que uma família monoparental pode suprir todas as necessidades de uma criança, ainda mais quando uma mulher busca vencer preconceitos e esforça-se ao máximo para realizar seu projeto parental traçado com o pai da criança a ser gerada. Seria digno pressupor que

esta mulher não poderia, sozinha, prover todas as necessidades do seu filho³⁹⁰?

Não há estudos psicossociológicos³⁹¹ que comprovem que as crianças que nascem fora de uma família tradicional bilinear possuem uma vida menos feliz, ou que tenham seu desenvolvimento e capacidades intelectuais e emocionais inferiores à uma criança que nasce dentro dos parâmetros impostos pela sociedade tradicional. A monoparentalidade começa a ser tutela pelas constituições, como ocorre no caso brasileiro.

Ademais, pela perspectiva da tutela do embrião, mais valeria ser implantado do que ser destruído. Negar o direito à PMA *post mortem* pelo fundamento da necessidade da biparentalidade constitui de fato uma “hipocrisia jurídica” e um preconceito às técnicas artificiais de reprodução.

Resta notório que uma família completa formada por ambos os pais é o ideal, contudo, não é comprovado que a falta desta biparentalidade equivalha a uma vida incompleta de uma criança. O direito de família contemporâneo admite novas formas de formação de família, sem que isso implique em um prejuízo à criança.

Desta forma, a transferência póstuma não fere nenhum dos valores bioconstitucionais, de forma que pode ser realizada quando cumprir todos os requisitos necessários.

Outro ponto polêmico e importante requisito quando do estudo da procriação assistida é tentar-se definir o âmbito de proteção conferida ao embrião, sendo que sua tutela jurídica é igualmente fundada na dignidade humana que lhe é intrínseca.

Conforme anteriormente demonstrado, conclui-se neste trabalho que bem tutela o ordenamento jurídico português ao conferir uma proteção progressiva ao embrião. Como este não é sujeito de direitos fundamentais, ao embrião e ao feto não pode ser atribuído o

³⁹⁰ “*Considera-se que a atitude da viúva, ao proceder à inseminação post mortem, revela-se, em tese, condenável, por proporcionar situação de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não pelo fato de o inseminado ser em tese incapaz para suceder, mas sim por ele já nascer órfão, ocasionando uma lacuna em seu direito de personalidade, de forma plena. Entretanto, não se pode conceber, em matéria de ponderação de valores, uma conclusão apriorística. Isso porque se poderia imaginar uma situação em que um casal vinha há anos tentando, sem êxito, procriar, só conseguindo a mulher engravidar após a morte de seu parceiro. A boa-fé da viúva e a intenção de ter filhos do de cujus restam evidentes nessa hipótese, fatos estes que não poderiam deixar de serem levados em consideração quando da ponderação de valores no caso concreto para solucionar o conflito de direitos fundamentais que envolve o direito sucessório do inseminado post mortem*”. Flávia Ayres de Moraes e Silva *apud* Fernanda de Borges Henriques *in* *A repercussão da reprodução assistida Post Mortem e o Direito de Herança*, disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf, com acesso em fevereiro de 2014.

³⁹¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p. 17.

direito a nascer, bem como ao embrião *in vitro* não pode ser conferido o direito a ser implantado.

A tutela objetiva do embrião reconhece sua natureza humana e, pela simples potencialidade de vir a ser uma pessoa, possui dignidade humana e deve ser protegido. Resta ultrapassada a dicotomia pessoa *versus* coisa, sujeito *versus* objeto de direito, sendo que o embrião é reconhecido como um bem constitucionalmente tutelado. Dada sua fragilidade e dignidade, necessita de proteção para que não seja tratado como um mero objeto da ciência.

A legislação portuguesa poderia adotar uma postura mais rígida com relação à formação de embriões excedentários, uma vez que, quanto mais embriões forem formados para a inseminação homóloga, mais embriões poderão ser descartados, sendo que a manipulação da vida humana deve ser sempre uma exceção. Mesmo admitindo-se a investigação científica, com a grande formação de embriões excedentários, atualmente a grande maioria é descartada após os três anos de criopreservação.

Esta temática intersecta com a discussão da PMA *post mortem*, uma vez que os embriões excedentários são invariavelmente formados após a realização de uma inseminação homóloga, sendo que, enquanto houver embriões criopreservados, haverá a possibilidade de ocorrer uma transferência póstuma.

A formação de mais embriões do que se possa implantar é uma realidade e sua criopreservação constitui um dilema ético, sendo que invariavelmente seu destino é a destruição. Como são muitos, dificilmente todos serão objeto de um projeto parental, póstumo ou não.

Desta forma, para não haver embriões excedentários, a alternativa alcançada pela legislação alemã foi autorizar que fossem fecundados e implantados apenas três embriões, número máximo por procedimento. E a imposição de um limite semelhante a este poderia ser adotado na legislação portuguesa, para zelar pela dignidade humana inerente ao embrião e evitar que fique ao crivo do cientista a formação de muitos embriões que jamais serão implantados.

Destarte, tendo em vista a tutela objetiva do embrião em conjunto com a proteção do melhor interesse da criança, a questão da PMA póstuma não pode ficar restrita ao arbítrio pessoal, na medida que afeta toda a sociedade. A inseminação *post mortem* é uma realidade cada vez mais comum. Com a tendência mundial do aumento do uso de técnicas

artificiais e da FIV para gerar um filho, estatisticamente, os casos de procriação póstuma devem aumentar. Desta feita, torna-se imperioso seu tratamento legal de uma forma mais criteriosa, para o bem da pessoa a ser gerada (conseqüentemente a proteção das gerações futuras) e das próprias mulheres que dela cogitam fazer uso.

Em consequência de tudo que foi exposto, cabe ao Estado ter a percepção do que é justo e adequado para a sociedade, para que a regulação alcance a justiça social desejada, observando-se a bioconstituição e o seu fim primordial da proteção da dignidade do ser humano. Um direito vocacionado para o justo, que tome uma posição coerente no meio a tanto dissenso trazido pela tecnologia.

A regulamentação pelo Estado não pode ser vista como um fator prejudicial à autonomia ou ao lucrativo mercado das clínicas particulares de procriação assistida. O Estado tem o dever de limitar práticas que, mesmo potencialmente, causem danos à dignidade humana e às gerações futuras.

Vera Lúcia Raposo contesta a ingerência do Estado na vida privada e alega que, como há autonomia da vida privada do cidadão em ter filhos por meios naturais, tal privacidade deveria ser respeitada quando alguém necessita de métodos artificiais para conceber um filho. Afirma, ainda, que o maior problema não é a ingerência em si, mas sim os critérios que a orientam³⁹².

Este último argumento é de extrema importância e encontra amparo neste trabalho: deve prevalecer no sentido de que o controle não seja embasado em preconceitos e valores morais ou pessoais.

Não obstante, a ingerência estatal é necessária para que a autonomia da vontade de uma pessoa não lese direitos de terceiros, nomeadamente da pessoa a nascer pela utilização imoderada de uma tecnologia.

Se assim fosse, não haveria a limitação legal de proibição da clonagem humana, da formação de quimeras, da manipulação e formação de embriões *in vitro* para o fim exclusivo de pesquisa de células estaminais, entre outras situações eticamente reprováveis.

Ao Estado cabe a salvaguarda de todos os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Portanto, para a legislação restringir o direito a ter filhos

³⁹² *Op. cit*, Vol. II, 2012, p. 15 e ss.

pelo uso da PMA, além da previsão constitucional do artigo 69.º, 2, e, deve a lei sempre primar pela proteção da criança e da dignidade humana³⁹³.

Entretanto, uma lei pode ser parcialmente suficiente³⁹⁴. E pelas conclusões deste trabalho, é o que acontece com a LPMA.

Há um déficite de legislação quando a lei deixa de determinar a obrigatoriedade da manifestação inicial do homem (escusa manifestação da mulher, uma vez que não pode haver maternidade de substituição), sobre o que fazer em caso de morte. Se, no momento inicial em um tratamento de reprodução assistida, o homem tivesse que manifestar sua opinião sobre qual destino dar ao embrião caso lhe sobreviesse a morte, muitos casos de PMA póstuma seriam mais facilmente resolvidos.

O consentimento é requisito de admissibilidade prescrito em lei para a realização da prática *post mortem*. Se o homem fosse obrigado a se confrontar com esta possibilidade desde o início, não ocorreriam os casos judiciais de mulheres que tentam demonstrar o consentimento implícito. Se o homem rechaçasse de imediato, não haveria dúvida da não efetivação da PMA após sua morte. O argumento também serve para os casos em que o homem concorda com a prática mas acaba por não deixar consentimento por escrito. Tal fato causa um sentimento de injustiça muito grande à mulher e proíbe que seja realizada uma transferência que poderia, em tese, ocorrer.

É notório que tal consentimento poderia ser posteriormente alterado, mas a lei seria mais precisa e suficiente se obrigasse sua manifestação no momento inicial do tratamento artificial, no intuito de ser evitar querelas posteriores.

Outro caso de déficite é a falta de previsão de uma medida positiva a ser tomada no decorrer do prazo estabelecido para uma adequada ponderação da mulher. Se houvesse a necessidade de uma avaliação psicológica durante este lapso temporal, poder-se-ia afirmar com mais certeza que a decisão da mulher foi de fato muito bem pensada por todos os ângulos da situação.

O déficite legislativo torna-se muito claro quando comparado ao instituto da adoção. Não está em causa aqui a comparação dos institutos, mas sim dos requisitos para que sejam efetivados. Como já mencionado, a adoção é extremamente nobre e benéfica à

³⁹³ Para Paul Ricoeur, o homem é eminentemente perigoso para sua própria humanidade e pode, ao mesmo tempo, ser a “porta de entrada” de todo o mal e da capacidade de iniciar uma nova ordem. A tecnologia faz com que surja uma ética do homem vulnerável, cujo sofrimento humano é seu centro e sua referência é a dignidade da pessoa humana. *Apud* Alexandra Idalina Pereira Gaspar, *op. cit.*, 2008, p. 149 e ss.

³⁹⁴ LOUREIRO, João Carlos. *Op. cit.*, Vol. II, 2003, p. 941 e 942.

criança e toda a sociedade. Ainda assim, para ser efetivada é necessário o cumprimento de vários requisitos por parte do adotante, conforme disposição do Código Civil.

Desta forma, se na adoção são necessários muitos requisitos, tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva, por que não o seria na transferência *post mortem*? A autonomia da mulher é exercida mas só poderia ser efetivada quando mostrasse que possui todos os requisitos e condições que tornarão a ação benéfica para todos os envolvidos.

É simples perceber que uma mulher que decide realizar a transferência póstuma deve refletir e mostrar que tem consciência da responsabilidade enorme que assume, bem como se possui condições para garantir o bem-estar pleno do seu filho.

O que defende-se não é a obrigatoriedade submeter a mulher ao escrutínio que passa um candidato a adotante, mas sim uma avaliação psicológica que demonstre que a mulher, nesta difícil situação, não está a agir por impulso ou por depressão.

Se a avaliação psicológica não é discriminatória na adoção, ao contrário, é prevista para ajudar a clarificar a situação, por que então não a estabelecer da mesma forma na transferência *post mortem*? Não é uma questão íntima ou meramente pessoal da mulher que decide ter um filho, é uma manipulação da vida humana e, para que esta seja sempre protegida, deve ser tratada com o máximo de cautela.

A inexistência ou deficiência de leis faz com que a decisão em um caso concreto seja tomada no âmbito extra-jurídico. Tal ocorre na transferência póstuma, uma vez que caberá ao médico decidir se realiza a transferência embrionária, quando cumpridos os requisitos objetivos do artigo 22.º da Lei 32/2006. Se, entretanto, o médico perceber que a mulher age por impulso e se negar a fazer o procedimento, caberia uma ação judicial contra o médico? Deveria o juiz da causa nomear um psicólogo para opinar na celeuma?

Se houvesse a imposição legal da atuação de psicólogos que atestassem a falta de consciência da mulher, que está a agir por impulso ou por depressão, poderia, naquele momento, lhe ser negada a inseminação. É complexo, de fato, um psicólogo dar um aval a uma pessoa, dizer se possui ou não condições de ser mãe. Entretanto, a proteção da pessoa a nascer deve prevalecer e se for diagnosticado que a requerente sofre de uma grave depressão pela morte do companheiro e que age por desespero, a transferência deve ser, naquele momento, negada. Neste caso, deveria ser ampliado o prazo de reflexão (até um período que não ultrapassasse a viabilidade do embrião), para ser realizada uma nova avaliação da viabilidade.

Com este requisito haveria uma certeza muito maior de que a transferência é a melhor opção para a concretização da dignidade dos envolvidos.

Para ser de fato livre, uma decisão deve ser muito bem refletida para ser tomada³⁹⁵. Neste sentido, Sergio Moccia defende que uma vez comprovado que a mãe possui condições de cuidar bem da criança, tanto em nível psicológico quanto financeiro, não haveria razão para negar-lhe o direito à inseminação póstuma³⁹⁶.

Com isto, superadas as conclusões acerca da LPMA, cabe a análise conclusiva das normas internacionais sobre bioética, procriação assistida e a tutela do embrião.

A principal preocupação internacional concernente à PMA póstuma e a divergência entre os ordenamentos jurídicos internos é a facilidade de ocorrer o turismo reprodutivo.

O que é necessário ressaltar é a necessidade da proteção da pessoa que nasceu desta prática. Mesmo que um país não reconheça a legalidade da PMA *post mortem*, se for concretizada em outro Estado, quando esta criança regressar ao seu país de origem não lhe deverão ser negados quaisquer direitos inerentes à filiação.

Por isso é que são louváveis as tentativas da União Europeia e do Conselho da Europa de cada vez mais transpor as barreiras dos ordenamentos jurídicos internos e de formar uma legislação mais uniforme. Como se viu, a formação de uma bioconstituição europeia está longe de ser concretizada. Contudo, trata-se da região do globo com interação pioneira entre seus diversos Estados e as maiores tentativas de pacificação.

De se ressaltar que, tanto a tutela europeia quanto a das Nações Unidas, conforme restou demonstrado, possuem seu foco principal na dignidade humana e cada vez mais se busca uma unidade para a efetivação de direitos humanos e a pacificação das dificuldades trazidas pela biotecnologia. Este processo é lento e está longe de ser concretizado. Entretanto, a busca cada vez maior por uma unidade das bioéticas é fundamental no que tange à proteção da geração presente e futura, para que haja mais dignidade em todo o globo e cada vez mais sejam consagrados os direitos humanos.

³⁹⁵ “...individuals should not act solely on their first order desires - their short-term impulses or desires - but only after critical reflection. This critical reflection enables them to make decisions that reflect their 'true' selves”. GLENNON, Theresa. *Op. cit.*, 2009, p. 152.

³⁹⁶ “...Pertanto, se si riesce a dimostrare, in caso di inseminazione post mortem, che la madre possa assicurare un ottimale sviluppo del bambino, potendo adempire agli obblighi fondamentali, oltre che sul piano personale-affettivo, sul piano del mantenimento, dell'educazione e così via, non mi sembra che possano esserci solidi argomenti contrari all'ammissibilità di una tale pratica.” *Op. cit.*, 1990, p. 878.

Isto posto, cabe salientar que nos Estados que proíbem a PMA *post mortem*, só deverá caber à mulher decidir se o embrião será doado, destruído ou utilizado em experimentações científicas. Uma ingerência estatal nesta decisão seria exarcebada e feriria a dignidade humana.

Por derradeiro, não há como excluir o direito de realização da transferência póstuma tendo em conta argumentos de natureza eminentemente moral, uma vez que, pela conclusão deste trabalho, os argumentos jurídicos contrários não prevalecem às disposições bioconstitucionais.

Por outro lado, também deve-se evitar uma permissão de forma imprudente. Não que a lei portuguesa o seja, ao contrário, possui uma boa tutela, que apenas necessita ser complementada.

Nos casos em que o embrião já foi formado, a recusa à inseminação implicaria na sua destruição, a menos que fosse doado. A doação é uma opção mais benéfica do que a destruição direta. No entanto, não pode prevalecer quando há a vontade da mulher implantá-lo. Ademais, a doação para pesquisa científica é válida, mas tem como fator subsequente a sua destruição. E na hipótese de ser doado a outro casal, a pessoa a nascer não teria concretizado seu direito de reconhecimento da identidade genética.

Assim, quando há uma vontade livre e consciente, a transferência é a forma de preservá-lo da destruição, o que respeita a proteção objetiva da vida humana, bem como do fato de conhecer suas origens e saber o quanto foi desejado por ambos os pais. Conforme disposição do Tribunal de Palermo em 1999, “*o mal de nascer sem um pai não iguala o mal de nem sequer nascer*”³⁹⁷.

Portanto, acerca da PMA *post mortem*, conclui-se que, na modalidade da transferência embrionária, quando o embrião foi formado com o consentimento do elemento masculino e antes da sua morte, deve ser admissível sob a verificação dos requisitos constantes na LPMA, bem como demanda-se uma complementação legislativa com as seguintes condições:

- Embriões excedentários. Deveria haver um maior controle legal para a formação de embriões excedentários. Se a lei impusesse limites com relação ao número de embriões formados, diminuiria a manipulação da vida humana e o descarte de embriões viáveis;

³⁹⁷ *Tribunale di Palermo*, 1999. RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, Vol. II, 2012, p.125.

- Com relação ao consentimento, este constitui fator preponderante na análise da PMA *post mortem*. Se não existe o consentimento expresso para a transferência após a morte, sua realização certamente violaria a intangibilidade da imagem do falecido e até mesmo sua dignidade. Isso porque, mesmo que o embrião pertença à mulher após a morte do pai, não há como realizar o procedimento sem a expressa e consciente concordância do elemento masculino. Há lesão ao direito de personalidade do pai e não cabe a mulher dispor da vida a nascer unilateralmente. Para que não houvessem situações conflitantes, a LPMA deveria dispor que o CNPMA formulasse novos termos de consentimento. Deveria existir a obrigatoriedade do homem, no momento inicial da realização de qualquer tratamento de fecundação artificial homóloga, manifestar-se acerca da permissão ou não da transferência póstuma; e
- Avaliação feita por psicólogos. É extremamente fundamental e necessária, sendo que deveria ser obrigatória a realização de consultas, como um requisito de admissibilidade e uma medida positiva a ser tomada para uma oportuna ponderação, nos termos da lei. A criação da vida humana não pode ser produto de uma vontade insana e desmedida, ou ainda de uma depressão profunda proveniente do luto. A difícil escolha da mulher deve ser muito consciente e cabe à lei e ao Estado preverem medidas protetivas para sua efetivação.

Desta forma, como simplesmente negar a uma mulher o direito de gerar um filho, já tendo o embrião formado (uma vida humana em potencial), quando ela está disposta e consciente dos sacrifícios físicos, econômicos e psíquicos que suportará? Esta criança receberia todo o amor e cuidado na realização da sua primordial proteção, suficiente para uma formação completa e feliz³⁹⁸. Resta claro que nada substitui a presença de um pai, mas seria melhor ou mais ético deitar o embrião ao lixo para sua própria proteção?

Cumpridos todos os requisitos indicados não há atualmente fatores jurídicos que comprovem a potencialidade de danos à pessoa a nascer, pelo que não há justificativa para

³⁹⁸ Interessante uma entrevista concedida por Diane Blood, a requerente no *leading case* exposto no capítulo primeiro. Ela explica que seus filhos de oito e quatro anos, ambos concebidos pela PMA *post mortem*, são crianças saudáveis e felizes, que possuem uma vida plena. Conta que gastou 150 mil dólares com advogados para conseguir a realização da procriação. Alguns trechos interessantes: "*I want to tell all the critics who said that I'd cause the destruction of mankind - and predicted that we'd suffer psychological problems - that we are still here, happy and healthy... To those who said they should never have been born, look at my sons now...I explained that daddy left a lot of love at the hospital and the doctors used that love to give mummy a baby. When more questions come, I'll answer them as truthfully as I can*". Disponível em: <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/exclusive-diane-blood-10-years-450171>, com acesso em maio de 2014.

ser negado³⁹⁹.

Uma criança que nasce através da PMA póstuma teria uma maior probabilidade de ter paz de espírito ao saber que nasceu de uma história de amor e conhecer suas origens, não como na reprodução heteróloga, proveniente de um banco de doadores anônimos de espermatozoides⁴⁰⁰.

A legislação portuguesa encontra-se em uma situação intermediária entre o rígido ordenamento jurídico alemão e a liberal legislação espanhola. Da análise de todos os direitos aqui envolvidos e estudados, parece ser este um bom caminho, mas que necessita de alguns melhoramentos.

Negar o direito à procriação *post mortem* por completo sem a certeza de que isso realmente trará prejuízos à criança seria violar uma liberdade, a formação da personalidade e o planejamento familiar de uma mulher, e até mesmo a dignidade de seu companheiro que deixou o consentimento informado.

Por derradeiro, embora incompleta, a legislação portuguesa trata do tema de modo a preservar os valores fundamentais de todos os envolvidos, nomeadamente a dignidade humana. É dever do Estado sua constante atualização para que a dignidade seja sempre tutelada, na busca da concretização da justiça bioconstitucional a toda comunidade humana.

³⁹⁹ “When reproduction takes place as a consequence of a loving relationship in which both partners were desirous of children, but a pregnancy is frustrated by the death of one partner, posthumous reproduction may well become acceptable both socially and culturally, at least in time. The psychological impact on the child should be minimal and probably within the range of experiences seen in some parallel studies on for example single parent families”. <http://humrep.oxfordjournals.org/content/17/10/2769.full> BAHADUR, G, *Death and conception*, Oxford Journals, p. 2769-2775, com acesso em dezembro de 2013.

⁴⁰⁰ WILLIAMS, Devon. *Over My Dead Body: The Legal Nightmare and Medical Phenomenon of Posthumous Conception Through Postmortem Sperm Retrieval*, 2012, p. 199.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Teresa Almeida. *Criopreservação: Sim ou não?*. Artigo inserido na obra *As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) - uma apreciação bioética*. Ciclo de Conferências CNECV, Coleção Bioética - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, João Lobo. *Inquietação Interminável - Ensaio sobre ética das ciências da vida*. Lisboa: Gradiva, 2010.

ARCHER, Luís. *Origem científica e âmbito transcienceífico da bio-ética*. Inserido em *Colóquio: A Bioética e o Futuro*. Lisboa: Academia das Ciências, 1995.

ARORA, Mala. AHLUWALIA, Usha. *Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective*. Com acesso em agosto de 2014, disponível em <http://www.jaypeejournals.com/eJournals/ShowText.aspx?ID=992&Type=FREE&TYP=TOP&IN=eJournals/images/JPLOGO.gif&IID=86&isPDF=NO>.

BAHADUR, G. *Death and conception*, Oxford Journals, Medicine & Health, Human Reproduction, Volume 17, Issue 10, p. 2769-2775.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, João. MORAIS, Fátima. BARBOSA, João Guedes. *Adopção em Portugal*. Coleção Temas de psicologia. Porto: Gráfica Claret, 1989.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James. *Principle of Biomedical Ethics*. 4ª Edição, New York/Oxford: Oxford University Press, 1994.

BERG, Thomas. FURTON, Edward. *Human embryo adoption: biotechnology, marriage and the right to life*. Philadelphia: The National Catholic Bioethics Center, 2006.

BISCAIA, Jorge. *O embrião como filho*. Braga: Brotéria: Cristianismo e Cultura, Vol. 159, nº 1, p. 25-32, 2004.

BOLIEIRO, Helena. GUERRA, Paulo. *A criança e a Família-uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I*. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASONATO, Carlo. FROSINI, Tommaso Edoardo (introdução). *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*. Universidade Federal de Santa Catarina,, 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucess%C3%B3rios>, com acesso em dezembro de 2013.

COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família - Vol I - Introdução Direito Matrimonial*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CLOTET, Joaquim. FRANCISCONI, Carlos Fernando. GOLDIM, José Roberto. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CORRÊA, Elídia. GIACOIA, Gilberto. CONRADO, Marcelo. *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana - Diálogo entre a Ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORTINA, Adela. *La Dimensión Pública de las Éticas Aplicadas*. Revista Iberoamericana de Educación n. 29, Ética y formación universitaria, 2002, disponível em <http://www.rieoei.org/rie29a02.htm>, com acesso em abril de 2014.

COSTA, José de Faria. URS, Kindhäuser. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra, Coimbra Editora: 2013.

COSTA, Judith Martins. MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CURADO, Manuel. OLIVEIRA, Nuno. *Pessoas Transparentes - Questões Actuais de Bioética*. Coimbra: Almedina, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOSTAL, UTRATA, LOYKA, BREZINOVA, SVOBODOVA, SHENFIELD. *Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report*. Com acesso em julho de 2014, disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/20/8/2359.full.pdf>. Human Reproduction, Vol. 20, n.8, pp. 2359–2361, 2005.

ESPIELL, Héctor Gros. *Constitución y Bioética*. Granada: Comares, Derecho Biomédico y Bioética, 1988.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais – A bioconstituição como paradigma do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARINHA, João de Deus Pinheiro. *Tutela dos Direitos Fundamentais em Portugal*. Lisboa: O Direito, ano 126, n. 1/2, p. 39-61, 1994.

FERNANDES, Sofia Raquel Galdes. *O embrião in vitro : da desproteção de um ser à importância de uma tutela jurídico-penal da vida humana in vitro*. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, sob a orientação de Anabela Miranda Rodrigues, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. *A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

FLECHA, José-Román. *La fuente de la vida – Manual de Bioética*. 2ª edição. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2000.

FRENI, Fortunato. *La laicità nel Biodiritto*. Università di Messina, Giuffrè Editore: 2012.

FUKUYAMA, Francis. *O nosso futuro Pós-Humano – Consequências da revolução biotecnológica*. 2ª edição, trad. Vítor Antunes. Lisboa: Quetzal Editores, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

GASPAR, Alexandra Idalina Pereira. *Bioética e Dignidade Humana - Uma problematização a partir da antropologia da falibilidade de Paul Ricoeur*. Coimbra: Fundação Eng. António de Almeida, 2008.

GENSABELLA, Marianna. *Biodiversity and the global bioethics of Van Rensselaer Potter*. Università degli Studi di Messina, 2009, disponível em <file:///D:/Coimbra-Tese/Livros%20lidos/Gensabella-speaker-potter.pdf>, com acesso a partir de fevereiro de 2014.

GILBERT, Sheri. *Fatherhood from the Grave: An Analysis of Postmortem Insemination*. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2517&context=hlr>, com acesso em julho de 2014. Hofstra Law Review, Vol. 22, Artigo 4, p. 522-565, 1993.

GRACIA, Diego. *Fundamentos de Bioética*. 2ª edição. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. A repercussão da reprodução assistida Post Mortem e o Direito de Herança. *Artigo com acesso em fevereiro de 2014, disponível em*

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/ferna%20nda_henriques.pdf

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del menor*. 2ª ed., Madrid: Dykinson, 2007.

HOTTOIS, Gilbert. *O paradigma bioético - Uma ética para a tecnociência*. Lisboa : Edições Salamandra, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito-Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Constituição e Biomedicina - Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. Coimbra: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I e II, 2003.

_____. *Prometeu, Golem & Companhia: bioconstituição e corporeidade numa "Sociedade (mundial) de Risco"*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra-Vol LXXXV (Separata). Coimbra, 2009.

_____. *Os genes do nosso (des)contentamento – Dignidade Humana e genética: notas de um roteiro*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra-Vol LXXVII (Separata), p. 163-210, Coimbra, 2001.

_____. *Genética, moínhos e gigantes: Quixote Revisitado. Deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina*. Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, p. 29-48, 2006.

_____. *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*. Boletim da Faculdade de Direito 101. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *O direito à identidade genética do ser humano*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Separata de Portugal-Brasil, Coimbra Editora, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M.. *Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MATOS, Varela de. *Conflito de Direitos Fundamentais em Direito Constitucional e conflito de direitos em Direito Civil*. Porto: ELCLA-Almeida & Leitão, 1998.

MELO, Helena Pereira de. *Manual de Biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008.

MERINO, José Maria Rodríguez. *Bioética y Derechos Emergentes*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2001.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbos. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: Editora LTr, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*. 5ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOCIA, Sergio. *Bioetica e biodiritto*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Anno 33, fasc. 3, p. 863-884, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Direito Civil – Direito de Família*. vol.2, 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Vital. GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os Direitos Humanos - Manual de Educação para os Direitos Humanos*. Versão original editada por BENEDEK, Wolfgang. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 13ª edição. Lisboa: Ediforum-Edições Jurídicas, 2001.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da realização do Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, Vol III, p. 11-58, 1991.

NEVES, Maria do Céu Patrão. LIMA, Manuela. *Bioética ou Bioéticas na evolução das sociedades*. Edição Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra e Centro Universitário São Camilo, 2006.

_____. OSSWALD, Walter. *Bioética Simples*. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo – A relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, João Arriscado. *From bioethics to biopolitics: new challenges, emerging responses*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais e Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2003.

NUNES, Rui. *Bioética*. Coimbra: Coletânea Bioética Hoje-XVIII, Associação Portuguesa de Bioética, Gráfica de Coimbra 2, 2010.

_____. MELO, Helena Pereira de. *A ética e o direito no início da vida humana*. Gráfica de Coimbra, Coimbra: 2001.

_____. REGO, Guilhermina. *Desafios à sexualidade humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006.

ORNELLAS, Mgr. Pierre d'. *Bioética - Contributos para um diálogo*. Assafarge : Gráfica Coimbra 2, 2011.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

_____. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Vol. 2, p. 199-249. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 -2006.

_____. *O consentimento informado na jurisprudência europeia*. Ribeirão Preto, 2010. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>.

_____. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 76, p. 433-472, 2000.

PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório*. Texto de 2008, com acesso eletrônico em dezembro de 2013, disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioetica - ponte verso il futuro*. Messina: Sicania, 2000.

QUINTAS, Bárbara Catarina Gomes Botelho. *Do Nascituro como sujeito de direito na indemnização pelo dano da vida*. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, sob a orientação de André Gonçalo Dias Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Guia Prático da Adopção-Anotado e Comentado e legislação complementar*. Lisboa: Quid Juris?, 2002.

RAPOSO, Mário. *Bioética e biodireito*. Revista do Ministério Público n.45, p. 21-44, 1991.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O Direito à Imortalidade - O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I e II, 2012.

_____. *Direitos Reprodutivos*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 2, n. 3, p. 111-131, 2005.

_____. DANTAS, Eduardo. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, n. 14, p. 81-94. Coimbra: 2010.

_____. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n. 32/2006, de 26 de Julho*. Coimbra Editora: Lex Medicinæ 34, p. 89-104, 2006.

_____. *De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

ROBERTSON, John A. *Children of Choice - Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

RODRIGUES. Anabela Miranda. FIDALGO, Sónia. *Procriação artificial não consentida: anotação ao artigo 168.º*, inserido na obra *Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, Tomo I*, dirigido por Jorge Figueiredo, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Bioética na constituição mundial*, 2005, disponível em <http://jus.com.br/artigos/6400/bioetica-na-constituicao-mundial>, com acesso em março de 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente*. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

_____. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1989.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 12ª edição, Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Natália Batistuci. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Os Reflexos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida Heteróloga e Post Mortem*. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica, Vol. 41, n. 48, p. 253-278, 2007.

SCLATER, Shelley Day, EBTEHAJ, Fatemeh. JACKSON, Emily. RICHARDS, Martin. *Regulating Autonomy-Sex, Reproduction and Family*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009.

SCARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

_____. LEITE, George Salomão. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SERRÃO, Daniel. NUNES, Rui. *Ética em cuidados de saúde*. Porto : Porto Editora, 2001.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Mário Santos. Milão: Princípia, 2009.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, vol. 212, p. 125-145, 1998.

SILVA, Paula Martinho da. COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SHAPIRO, E. Donald. SONNENBLICK, Benedene. *Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination*. Com acesso em fevereiro de 2014, disponível em <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=jlh>, Cleveland: Journal of Law and Health, 1986.

SHELDON, Krimsky. SHORETT, Peter. *Rights and Liberties in the Biotech Age-Why we need a genetic Bill of Rights*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de. *A procriação medicamente assistida na União Europeia : harmonizar ou reagir?*. Lisboa: O Direito, A. 140, nº 4, p. 889-921, 2008.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STRONG, Carson. GINGRICH, Jeffrey. KUTTEH, William. *Ethics of postmortem sperm retrieval - Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state*. Oxford Journals, Medicine & Health, Human Reproduction, Volume 15, Issue 4, p. 739-745. Disponível em <http://humrep.oxfordjournals.org/content/15/4/739.long>, com acesso em dezembro de 2013.

URBANO, Maria Benedita. *Cidadania para uma democracia ética*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito Vol. LXXXIII, p. 515-539, 2007.

_____. *Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar*. Boletim da Ordem dos Advogados n.27, p. 38-43, jul/ago de 2003.

VARGAS, Angelo. *Bioética - Impactos da pós modernidade*. Rio de Janeiro, Laboratório de Estudos da Cultura Social Urbana –LECSU: 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VIEIRA, Andréa Maria. VIEIRA, Pedro Gallo. *O contrato social em Rousseau no Estado Judicialista*. Com acesso em abril de 2014, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fc170ecbb8ff1af>

VIEIRA, Carolina Fontes. *Admirável mundo novo: a problemática da eugenia no Século XXI à luz dos Direitos Fundamentais (Perspectiva Luso-Brasileira)*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 2003.

VILLAR, Gregorio Cámara. *Los derechos fundamentales en le proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*. Boletim da Faculdade de Direito 84. Colóquio Ibérico: Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

WALL, Karin. LOBO, Cristina. *Famílias monoparentais em Portugal*. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218798759Z2nPW8zm0Lh75WI5.pdf>. Análise Social, vol. XXXIV, p. 123-145, 1999.

WARNOCK, Mary. *Making Babies – Is there a right to have children?*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WILLIAMS, Devon. *Over My Dead Body: The Legal Nightmare and Medical Phenomenon of Posthumous Conception Through Postmortem Sperm Retrieval*. Com

acesso em maio de 2014, disponível em <http://law.campbell.edu/lawreview/articles/34-1-181.pdf>.
Campbell Law Review, Vol. 34, p. 181-204, 2012.

Webliografia

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> - Tribunal Constitucional
<http://www.un.org/en/> - ONU
<http://www.unesco.org/new/en/unesco/resources/online-materials/publications/unesdoc-database/> - UNESCO
<http://www.unicef.pt/> - UNICEF
<https://kennedyinstitute.georgetown.edu/> - Kennedy Institute of Ethics
<http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx> - Assembleia da República
<http://www.cnpma.org.pt/> Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
<file:///D:/Coimbra-Tese/Livros%20lidos/Gensabella-speaker-potter.pdf> – Texto de Marianna Gensabella sobre Van Potter
<http://www2.planalto.gov.br/> - Palácio do Planalto-Presidência da República Federativa do Brasil
<http://www.rioeoi.org/index.php> - Revista Ibero-Americana
<https://dre.pt/> - Diário da República
<http://jus.com.br/artigos> - Artigos
<http://www.educationengland.org.uk/documents/warnock/> - Warnock Report
<http://www.egov.ufsc.br/portal/> - Universidade Federal de Santa Catarina-Pesquisadores de mestrado e doutoramento.
<http://www.legislacao.org/> - Legislação Portuguesa
<http://www.legislation.gov.uk/> - UK Legislation
<http://www.boe.es/> - Legislação Espanhola
<http://assembly.coe.int/nw/Home-EN.asp#> - Conselho da Europa
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> - Supremo Tribunal Federal
<http://www.pge.sp.gov.br/> - Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
<http://www.gddc.pt/> - Gabinete de Documentação e Direito Comparado
<http://humrep.oxfordjournals.org/> - Oxford Journals
<http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/> - Constituição da Irlanda
<http://www.europarl.europa.eu/> - Parlamento Europeu
<http://www.mirror.co.uk/> - Mirror