

O DILEMA DO REI SALOMÃO: CONFLITOS DE VONTADE QUANTO AO DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS¹

Vera Lúcia Raposo[†]



os últimos anos a matéria relativa às técnicas de procriação medicamente assistida abandonou o domínio da pura decisão médica e entrou no mundo legal. Paulatinamente, vários países foram emitindo legislação sobre técnicas reprodutivas e outros temas adjacentes (manipulação genética, destino dos embriões excedentários, protecção do embrião *in vitro*, entre outras). Entre nós estas questões foram durante muitos anos resolvidas pelo bom senso dos médicos, que actuavam socorrendo-se das suas *leges artis*, e pela doutrina jurídica, que recorria aos princípios básicos dos vários ramos do direito para resolver estes problemas específicos.

Todavia, e não obstante a regulamentação legal, subsistem algumas lacunas, isto é, pontos que o legislador deixou por resolver, remetendo a sua resolução para os tribunais, que decidem *in casu*, apelando aos critérios disponíveis.

Uma dessas lacunas é precisamente o poder de disposição sobre os embriões excedentários. Muitas legislações nacionais contêm algum tipo de resposta a este dilema, estabelecendo por exemplo em que condições pode um dos progenitores retirar o seu consentimento à utilização dos respectivos gême-

¹ O presente artigo corresponde, com breves alterações, à versão publicada na revista do Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, a *Lex Medicinæ* (Vera Lúcia RAPOSO, “O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de Vontade quanto ao Destino dos Embriões Excedentários”, *Lex Medicinæ*, ano 5, n.º 9, 2008), mas que mantém a sua actualização face à lei portuguesa, já que esta não foi alterada.

[†] Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (vera@fd.uc.pt). Associada/Consultora da Vieira de Almeida e Associados (vlr@vda.pt).

tas ou embriões, quais os destinos possíveis dos embriões excedentários ou qual o período máximo de criopreservação. Mas nenhuma destas soluções legais responde com exactidão ao problema de saber quem tem a última palavra quando os pais (pais genéticos ou pais “sociais”) não chegam a um acordo quanto ao destino desses embriões, o que é frequente quando a inicial história de amor desemboca em separação. Na melhor das hipóteses os legisladores determinaram, ou aconselharam, a celebração de acordos prévios entre as partes, mas remeteram-se ao silêncio quanto à resposta material para a questão de fundo, reenviando-a para os tribunais.

Várias hipóteses de conflito se adivinham, desde aquelas em que ambos reclamam para si os embriões até àquela outra em que um dos membros do casal pretende a sua implantação uterina, ao passo que o outro recusa terminantemente o nascimento de um filho seu. Noutros casos ambos rejeitam os embriões, abandonando-os a um destino incerto, desinteresse este que, embora não deflagre em conflito, reclama certamente uma solução jurídica.

Não existe uma linha congruente entre as várias decisões judiciais que têm sido proferidas para estes casos, nem quanto à solução final nem mesmo quanto ao enquadramento legal do problema. Deverá ser resolvido à luz das regras de direito civil sobre partilha de bens em caso de divórcio, como se os embriões fossem uma qualquer *res*? Ou antes de acordo com as normas civis aplicáveis à atribuição do poder paternal, tratando os embriões já como crianças? Ou ainda, numa terceira hipótese, deverá o caso ser analisado como um conflito de direitos, mais propriamente, um conflito de direitos reprodutivos?

O caso *Evans* – relativo à disputa entre uma mãe biológica, que desejava a implantação dos seus embriões, e o homem que na altura era seu companheiro, fornecera o esperma e prestara o devido consentimento, mas que após a separação já não deseja ter filhos com aquela mulher – recentemente decidido

pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), fornece-nos o mote para divagar sobre este dilema jurídico, até agora esquecido pelo legislador e resolvido pelos tribunais, que lhe dão as mais diversas (e por vezes exóticas) soluções.

1. NATUREZA DO PODER SOBRE OS EMBRIÕES

A classificação do poder sobre os embriões oscila entre duas hipóteses: um direito de propriedade, como se de uma coisa (uma *res*) se tratasse, ou uma variação do poder paternal, presumindo então que o embrião é uma criança, logo, uma pessoa humana (ainda que meramente potencial).

Efectivamente, segundo uma teoria bastante difundida, quando uma qualquer parte do corpo humano nos é retirada perdemos o controlo sobre o seu destino. Embora fosse nossa quando unida ao corpo (a exigir consentimento informado no momento da recolha ou doação), deixa de o ser após a cisão. Seguindo este raciocínio, os beneficiários das técnicas a quem foram recolhidos os gâmetas perdem o poder de decisão sobre o destino dos ovócitos fertilizados. Mas, se assim é, então as clínicas que têm a seu cargo os embriões congelados podem fazer deles aquilo que bem entendam (como atribuí-los a outro casal ou utilizá-los em experiências científicas) sem necessidade de consultar os pais biológicos², solução esta manifestamente repudiável.

Porém, esta é apenas uma das soluções possíveis para o problemas das partes autonomizadas do corpo, porquanto uma outra teoria entende que a propriedade sobre uma parte destacada do corpo cabe ainda à pessoa de quem foi “desagregada”, que adquire poder sobre ela, a título originário, no momento do desmembramento³. Nem se trataria aqui de um novo direito

² Cfr. Michael FREEMAN, “The Unscrambling of Egg Donation”, *Law Reform and Human Reproduction*, (Sheila McLean, ed.), Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1992, p. 283.

³ Segundo esta tese, o corpo seria objecto de um direito de personalidade enquanto

real (de resto inadmissível, dado o princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* em matéria de direitos reais), mas apenas da aplicação da teoria dos frutos: assim como o agente mantém sobre os frutos o mesmo poder que tinha sobre as árvores, também os dadores de gâmetas poderiam dispor dos embriões, enquanto frutos dos seus gâmetas (embora com especificidades derivadas do facto de os embriões serem seres vivos). Porém, esta solução embate na “mera” circunstância deste específicos “frutos” serem seres humanos – ainda que não pessoas, ou, na melhor das hipóteses, potenciais pessoas – face aos quais esta regra não pode valer, dada a insusceptibilidade das pessoas para serem objecto de propriedade. Nem poderemos desconsiderar algumas dos corolários desta dedução quando levado às suas últimas consequências. Por um lado, o perigo de se entender que os embriões são uma *res nullius*, cuja propriedade seria adquirida pela primeira pessoa que deles se apossasse, e que no caso caberia muito provavelmente ao médico. Por outro lado, o (não menor) perigo de se entender que a operação técnica de criopreservação consiste numa especificação da coisa, capaz de atribuir a propriedade sobre ela ao próprio especificador, isto é, novamente ao médico. Em ambas hipóteses deparamo-nos com a aberrante solução de considerar como pai o mais improvável dos participantes no processo reprodutivo: o próprio médico.

Contudo, num ordenamento jurídico onde nem sequer sejam reconhecidos direitos de propriedade sobre partes do corpo (órgãos, tecidos, sangue, material genético) torna-se difícil conceber direitos de propriedade sobre embriões⁴, o que nos

fosse tratado como um todo, mas no momento em que uma das suas partes dele se autonomizasse aquele direito de personalidade seria convertido em direito real (mais propriamente, um direito sobre frutos), que caberia ao próprio titular do corpo (Adriano DE CUPIS, *I Diritti della Personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 178).

⁴ Não obstante, no caso *Hecht v. Superior Court* (20 Cal. Rptr. 2d 275, 283 (Cal. 1993), o tribunal considerou que o esperma congelado configurava uma forma de propriedade, passível de ser transmitida por herança.

Sobre as várias teorias quanto ao poder sobre os embriões, Chiara TRIPODINA, “Studio sui Possibili Profili di Incostituzionalità della Legge n.º 40 del 2004 Recante

remete para a consideração da relação entre um progenitor biológico e os embriões derivados dos respectivos gâmetas como uma relação típica de direito da família, com os seus correspondentes direitos. Ou então, adoptando uma posição que nos parece a mais razoável, apelar a uma terceira categoria de relações e direitos, por agora ainda inominada.

Não terminamos este capítulo sem deixar uma última nota, curiosa esta, acerca de um processo judicial que este ano correu (e cremos que ainda corre) num tribunal brasileiro, e que embora não tenha os embriões por protagonistas envolve a delicada questão de qualificar juridicamente seres que não são pessoas nem coisas. No caso concreto tratava-se de um cão. A verdade é que, no mundo jurídico, os animais se encontram num limbo conceitual, algures entre as pessoas e as coisas. De acordo com o direito penal, a lesão causada a um animal configura um crime de dano para o seu legítimo proprietário (na ausência deste, ou seja, tratando-se de um animal sem dono, não chega a haver qualquer crime, por mais bárbaro que seja o acto); concomitantemente, para o direito civil, podem os animais ser transaccionados como meras coisas. Contudo, não são propriamente *res*, o que se tornou mais impressivo nos últimos tempos, em que se tanto se fala dos supostos direitos dos animais. Por isso os qualificamos de *tertium genus*, designação criada para fazer face a este seres esquecidos pela parca terminologia jurídica. Ora, os embriões encontram-se mais ou menos neste ponto: tal como os animais, são seres vivos, mas não pessoas. A diferença é que os animais nunca poderão ser pessoas, ao passo que os embriões têm a potencialidade de o vir a ser, dada a sua natureza humana, se bem que esta diferença não é suficientemente relevante para que a lei trate os embriões como pessoas e lhes atribua direitos. Pois bem, discute-se num tribunal brasileiro a que título pode um homem reivindicar algum

tipo de poder sobre o seu cão, que em sede de divórcio foi atribuído à ex-cônjuge, veredicto com o qual o homem não se conforma dadas as saudades que sente do cão. Na realidade, a questão iniciou-se com a dúvida acerca do tribunal competente para decidir a lide, primeiramente atribuída a uma vara cível, dado que o cão foi classificado de coisa. Poderia ser de outro modo? Poderia um tribunal de família decidir o caso? Estarão aqui em causa direitos de visita ao cão, equiparado a um filho? Em suma, poderão os *tertium genus*, para alguns efeitos pelo menos, ser tratados como pessoas? A resposta que a doutrina brasileira avançou foi a de um suposto dever de cuidado para com os animais, fundamento de direitos dobre eles e, concomitantemente, de deveres.

Esta história, bizarra mas verídica, não permite obviamente uma completa analogia para o caso em análise. Mas sempre se poderá alegar que, se mais não se avançar, pelo menos poderão os beneficiários das técnicas reprodutivas invocar um poder de decisão sobre os seus embriões fundado nesse dever de cuidado, do qual lhes derivam direitos, mas igualmente obrigações de protecção.

2. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Não obstante os enormes avanços da ciência, a taxa de sucesso atingida pelas técnicas de reprodução assistida continua a ser ainda demasiado baixa. Não sendo viável, aquando de um processo de fertilização *in vitro*, transpor para o útero materno apenas um ou mesmo dois embriões (já que se tornaria altamente improvável levar a bom termo um processo de gestação), os médicos tendem a extrair um número elevado de ovócitos para fertilizar, de modo a disporem de uma quantidade suficiente de embriões para reforçar o sucesso da técnica⁵.

⁵ Guido de WERT, “Recherches sur l’Émbrion In Vitro: Considérations Étiques”, in Yvon ENGLERT, Alfons Van ORSHOVEN edit., *L’Embryon Humain in Vitro*,

Todavia, a fertilização de um número excessivo de ovócitos é responsável pela criação de mais embriões do que aqueles que poderão ser transpostos para o útero materno, em condições que permitam levar a bom termo a gravidez sem prejudicar a vida da mãe. Esta a génese dos embriões excedentários, órfãos biológicos da ciência actual (e note-se que só nos Estados Unidos são cerca de 100 mil os embriões criopreservados, mas por todos o mundo existem milhões de embriões congelados).

Por força destas circunstâncias, é normal que após uma tentativa de implantação, bem ou mal sucedida, restem ainda embriões congelados, aos quais há que dar um destino, já que as suas breves vidas não podem permanecer em *stand by* indefinidamente. Trata-se de uma decisão complexa e perigosa nas suas consequências, com diversas conotações jurídicas, éticas e mesmo religiosas e morais.

Sucedem que neste período em que estão congelados, e muitas vezes inclusive antes de se proceder a uma primeira implantação uterina, ocorrem eventos supervenientes e inesperados que complicam a já delicada decisão acerca do seu destino: imagine-se que um ou ambos progenitores morrem, se desinteressam dos embriões ou se separam.

Foquemo-nos nesta última hipótese: a separação do casal. Para além da partilha do património, e eventualmente de uma repartição de poder paternal em relação a filhos já existentes, as partes desavindas debatem-se agora cumulativamente com a partilha de um ou mais entes, que configuram uma forma especial de propriedade ou, noutros termos, um tipo particular de criaturas vivas, distintas de uma criança já nascida.

De Boeck Université, Paris, Bruxells, 2000, p. 81. Note-se ainda que é muito difícil delimitar um número abstracto e determinado de embriões a transplantar, na medida em que o sucesso da gestação depende em grande medida das condições pessoais da mulher: se numa mulher jovem e com elevadas taxas de fecundação dois ou três embriões são suficientes, já numa mulher mais velha seria mais seguro transpor quatro ou cinco embriões.

3. LEGITIMIDADE DECISÓRIA

Uma vez que a criopreservação não se pode manter indefinidamente, sob pena de transferir para o útero embriões que já perderam a capacidade de desenvolvimento⁶, há que conferir aos embriões excedentes um destino no mais breve prazo possível. Para tal, urge aferir da legitimidade de cada um dos participantes no processo reprodutivo para tomar a decisão.

Sublinhe-se que estamos a racionar no pressuposto de que os beneficiários das técnicas são pais biológicos dos embriões, pois tratando-se de meros receptores de gâmetas (a quem chamamos “pais sociais”) a solução é mais complexa, como a seguir dá azo.

Tratando-se de embrião *in utero*, o poder cabe em absoluto à mãe. Embora o embrião não se confunda com a mãe, e se mantenha um ser distinto dela, o controlo que esta tem sobre o embrião é muito semelhante ao controlo que tem sobre os seus tecidos, órgãos, vasos, ossos e membros, pelo menos nos sistemas jurídicos em que o aborto seja livre dentro de certo prazo e nos encontremos ainda dentro desse prazo. Ainda que com limitações várias, este poder de decisão cabe apenas à mãe, sendo a vontade do pai irrelevante para qualquer aspecto, inclusive para o abortamento (“El embrión-feto es de la madre y esta madre es la gestante”⁷).

No que respeita ao embrião *in vitro*, essa legitimidade

⁶ “Os embriões, a partir de cinco ou mais anos de criopreservação, e alguns antes, são quase todos moribundos, impróprios para a transferência intra-uterina” (Declaração de Voto do Conselheiro Daniel Serrão ao Parecer n.º 44/CNECV/04).

Alguns países, como o Reino Unido e a Austrália, contam com leis que expressamente prevêem a sua destruição 5 anos após a fertilização, e assim vão evitando o problema do armazenamento infinito de milhões de embriões, ao passo que outros países, como os Estados Unidos, se defrontam hoje com este problema, dada a ausência de uma lei que expressamente preveja a destruição.

⁷ Cfr. Luís ZARRALUQUI, *Procreacion Asistida y Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 115.

não tem que caber necessariamente aos progenitores – neste caso a ambos – ainda que se lhes reconheça um direito reprodutivo, do exercício do qual resultaram os embriões. O direito à reprodução, direito pessoal⁸, não se confunde com o direito à disposição dos embriões (direito patrimonial), que quando muito é um desenvolvimento lógico daquele primeiro⁹. Mas, conquanto estes direitos não se confundam, a tendência vai no sentido de conferir também aos progenitores o efectivo poder de decisão acerca do emprego dos embriões, até para aproximar a reprodução assistida da sexual, na qual esta cisão de direitos não se verifica.

Sublinhe-se que estamos a raciocinar no pressuposto de que os beneficiários das técnicas são pais biológicos dos embriões, pois tratando-se de meros receptores de gâmetas (a quem chamamos “pais sociais”) a solução é mais complexa,

⁸ Sobre as características deste direito, *vide* Vera Lúcia RAPOSO, “Direitos Reprodutivos”, *Lex Medicinæ*, Revista do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2005; Vera Lúcia RAPOSO, “Questões Éticas nos Direitos Reprodutivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto*, Luanda, Angola, n.º 5, 2005.

⁹ Segundo alguns autores, quando o direito reprodutivo é exercido mediante a fertilização *in vitro* esgota-se no momento em que os embriões são implantados no útero materno. Faz notar FEMENIA LOPEZ que a livre disposição dos embriões só poderá ser cabalmente atribuída aos titulares do direito reprodutivo caso se entenda que o seu direito à reprodução encerra um direito de propriedade sobre os embriões assim gerados (Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano, con Especial Consideración al Concebido In Vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 13). Num sentido semelhante se dirige a opinião de João LOUREIRO. Para efeitos de autonomia individual dos progenitores (ou hipotéticos progenitores) o autor distingue entre dois momentos: antes de concepção tudo o que ocorra cabe na esfera de decisão individual, sendo que cada um deve decidir se utiliza algum método anti-concepcional ou não (direito ao planeamento familiar); porém, após a concepção, o destino do embrião torna-se já uma questão pública. Para reforçar esta última asserção João Loureiro invoca inclusive uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem segundo a qual, embora a gravidez seja uma questão da vida privada, não o é exclusivamente, pelo que não pode o Estado assumir aqui uma atitude de passividade (caso *Brüggenmann and Scheuten v. Federal Republic of Germany*,). Cfr. João Carlos LOUREIRO, “Aborto: Algumas Questões Jurídico-Constitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998, p. 344).

como a seguir se verá.

Analisemos mais detalhadamente a situação dos embriões *in vitro*.

Durante o período de tempo em que os embriões estão armazenados estes são basicamente tratados como coisas, na medida em que são “depositados”¹⁰, tendo o centro hospitalar depositário a responsabilidade de zelar pela sua manutenção nas condições em que lhes foram entregues, e no final a obrigação de proceder à sua devolução específica, caso os “depositantes” os pretendam utilizar. Porém, o “depósito” apenas se mantém durante um prazo determinado. Findo esse prazo, e na pressuposição de que não foram previamente descongelados, que destino lhes dar e quem o pode determinar?

A decisão pode ser remetida às seguintes entidades: ao tribunal; a uma entidade pública dotada de específicas competências na matéria; ao centro hospitalar responsável pela criação e armazenamento dos embriões; ou aos próprios progenitores.

Uma das soluções possíveis consiste em transferir os embriões para a tutela ou responsabilidade (o uso da forma alternativa justificar-se pela dúvida ainda persistente sobre a natureza dos embriões: pessoas ou coisas¹¹) do centro médico hospitalar que lhes deu origem caso os progenitores não decidam no prazo legalmente estipulado, seja a título de doação realizada pelos progenitores biológicos, seja por via da figura da renúncia ou abandono¹², seja com base no desaparecimento do

¹⁰ Aplicando nesta situação o instituto do depósito, não obstante por natureza este se aplicar apenas às coisas, Sérgio FERRAZ, *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, Sérgio António Fabros Editor, Porto Alegre, 1991, p. 53.

¹¹ Sobre a qualificação jurídica do embrião *in vitro*, Vera Lúcia RAPOSO, Eduardo OSUNA, “Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection of the *In Vitro* Embryo”, trabalho apresentado na 16.ª Conferência Mundial de Direito Biomédico (Toulouse, Agosto de 2006) e a publicar brevemente na revista *Medicine and Law*.

¹² Esta opção é criticada por alguns autores, por violar os direitos reprodutivos das pessoas que contribuiriam geneticamente para o embrião, porquanto apenas estes

sujeito de direitos¹³.

Outra solução seria direccionar a decisão para um organismo especializado, incumbido de decidir outras questões do conflito.

Porém, nenhuma destas vias foi adoptada pela lei portuguesa, já que o art. 25.º/3 da Lei 32/2006 estipula que o destino dos embriões será decidido pelos beneficiários das técnicas reprodutivas, o qual deverá assumir a forma de um consentimento livre, esclarecido, expresso e escrito, prestado perante o médico (art. 14.º/1 da Lei 32/2006)¹⁴. A norma nem menciona o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, não obstante este organismo consultivo dispor de amplas competências noutras áreas, que, embora por vezes sejam meramente aconselhadoras e outras vezes decisórias, não deixarão de ter impacto relevante.

Logo, segundo a lei portuguesa, são os progenitores (biológicos ou não, releva apenas que tenham sido eles a requer a aplicação da técnica reprodutiva) a decidir. Porém, o legislador remete-se ao silêncio quanto a um eventual desacordo entre ambos, pelo que se infere que em caso de conflito a última decisão caberá a um tribunal.

deverão ter legitimidade para decidir o destino dos embriões (Yolanda GOMEZ SANCHEZ, *El Derecho de la Reproducción Humana*, Marcial Pons, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994; F. PANTALEÓN, “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993, p. 136).

¹³ Opinião de de Yolanda, GOMEZ SANCHEZ, *El Derecho a la Reproducción Humana*, *cit.*, p. 15 ss.

¹⁴ O art. 25.º da Lei 32/2006 refere-se ao destino dos embriões excedentários, começando por esclarecer que aqueles que não forem imediatamente transferidos para o útero do beneficiário serão criopreservados pelo prazo máximo de três anos, período findo o qual, não tendo até à data sido “resgatados” pelos beneficiários, poderão ser doador a outro casal ou utilizados em experimentação científica, de acordo com os requisitos do art. 9.º da Lei 32/2006. Qualquer uma destas opções depende da decisão dos beneficiários das técnicas, nota que indica o largo peso da autonomia individual na economia legal.

4. CRITÉRIOS JUDICIAIS E LEGAIS DE RESOLUÇÃO DO IMPASSE

Caso os pais biológicos estejam de acordo quanto ao destino dos embriões, e esse destino seja legalmente autorizado, não se suscitam problemas. Todavia, se o casal não atinge um consenso a decisão tem que ser deixada a outra autoridade, preferencialmente judicial, com base naquilo que se entenda ser o melhor interesse do embrião (ao passo que, cabendo a decisão aos pais, o critério decisivo é, por norma, o do melhor interesse dos próprios).

Uma possível solução do impasse decisório consiste em considerar que o desacordo deve conduzir à destruição dos embriões, pois a implantação do embrião contra a vontade de um dos progenitores implicaria um dano que se prolongaria por toda a vida, fundado no conhecimento de que algures existe um filho seu não desejado, ao arrepio das imposições constitucionais que sublinham o valor da maternidade/paternidade conscientes (art. 67.º/2/d Constituição da República Portuguesa, CRP). Esta hipótese deve constituir uma *ultima ratio*. Pelos motivos já expostos noutros locais¹⁵, à destruição pura e simples é preferível a sua utilização com vista ao benefício comum, seja finalidades de investigação, seja finalidades terapêuticas, nomeadamente a extracção de células estaminais, particularmente produtivas em caso de doenças degenerativas (doença de Parkinson, esclerose múltipla, diabetes) ou infecciosas (SIDA) ou, inclusivamente, a extracção de tecidos e órgãos para transplante. Mas o mais desejável dos destinos destes embriões consiste na sua doação a um casal infértil, permitindo assim não apenas preservar a vida do embrião, como também promover a formação de uma nova família¹⁶.

¹⁵ Vera Lúcia RAPOSO, Eduardo OSUNA, “Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection...”, *cit.*

¹⁶ Sobre a figura jurídica da doação/adopção de embriões, Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano...*, *cit.*, p. 301; Maria CARCABA

O mero prolongamento do tempo de congelamento em caso de desacordo não é uma solução viável, pois trata-se apenas de adiar o inadiável (a destruição do embrião), já que o prolongamento excessivo da criopreservação inutiliza os embriões.

A coincidência de vontades também não é, por si mesma, sinónimo de solução pacífica, pois apenas funciona caso ambos pretendam a destruição dos embriões. Mas, que fazer se marido e mulher, já separados, desejam ambos aqueles embriões para procriar?

Alguns critérios podem-nos auxiliar a resolver este autêntico dilema de Salomão.

Se entendermos que o embrião é uma pessoa humana em formação, terá que se optar pela solução que lhe permita completar o seu desenvolvimento, fazendo pois prevalecer a vontade daquele progenitor que deseja a sua implantação, de forma a satisfazer o “interesse superior do embrião”, supostamente o interesse em nascer. Sucede que, não obstante o valor reconhecido à vida embrionária, a prevalência automática da vontade daquele que deseja salvar os embriões, e promover a sua gestação, não é suficiente para destronar a posição jurídica daquele que se opõe terminantemente a trazer ao mundo um ser com o seu material genético¹⁷.

Porém, se ao invés da postura embriocêntrica¹⁸ adoptarmos uma visão ligada aos direitos dos progenitores (como é

FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, p. 159

¹⁷ Em sentido contrário Cristina Campiglio que, no conflito entre aquele que deseja um filho (com base no art. 12.º CEDH) e aquele que o não deseja (fundado no art. 8.º CEDH) faz prevalecer a vontade daquele primeiro. “Questa soluzione consentirebbe nel contempo di salvare almeno un embrione, che potrebbe completare il proprio sviluppo e dare origine ad un nuovo essere umano”. Cfr. Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 206.

¹⁸ A expressão é de Cristina Campiglio, que coloca estas várias hipóteses a propósito do destino do embrião (Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 200 ss.).

corrente na jurisprudência norte-americana), teremos que atribuir a decisão àquele que invocar um desejo mais forte e premente. Por exemplo, privilegiar aquele que manifesta um desejo mais intenso de ter um filho, nomeadamente por se tratar de uma pessoa que nunca tenha tido descendência e que agora deseja ter um filho, homem ou mulher, e que por motivos médicos esteja incapacitado de o fazer no futuro, pelo que o embrião ou embriões congelados representam a sua última hipótese de se tornar pai ou mãe. Mas este critério deixa muito por resolver. Desde logo, nada nos diz se ambos perderam a capacidade de procriar. Mas, mais do que isso, desconsidera a posição daquele que, embora possa ter outros filhos, viverá sabendo que algures no mundo existe um filho que não está com ele e com o qual poderá até nem ter contacto. Muitas pessoas preferem que não nasça filho algum antes que suportar tal separação.

Outro critério de atribuição do poder de decisão repousa sobre o envolvimento físico com o processo reprodutivo. Na reprodução sexual esse envolvimento é mais forte no caso feminino devido à experiência da gestação. De certo modo na reprodução medicamente assistida acaba por também assim ser, mesmo antes da implantação uterina, uma vez que o processo de extracção de ovócitos é mais evasivo do que a extracção de sémen, o que resulta na atribuição da decisão sobre o destino dos embriões à mulher (ressalvando os casos de utilização de gâmetas de terceiros, de que falaremos adiante). É certo que no caso dos embriões excedentários os argumentos comumente apresentados para conferir à mulher o poder de decidir a interrupção da gravidez perdem muita da sua força¹⁹ – o envolvimento corporal é bem mais limitado e a preservação da integri-

¹⁹ Este critério tem servido de base às legislações sobre a interrupção voluntária da gravidez (no sentido de atribuir todo o poder de decisão à mulher, que pode decidir abortar sem, ou mesmo contra, o consentimento do pai biológico do embrião), e mesmo aí de forma que nos suscita os maiores reparos (por completa desconsideração do interesse do pai e do seu direito à reprodução),

dade física nem sequer é invocável – mas ainda assim continua a prevalecer o envolvimento físico da mulher.

Uma hipótese plausível seria dividi-los equitativamente, dando porventura prevalência àquele que mais necessitar dos embriões para realizar o seu propósito.

Como se vê, são muitas as soluções possíveis, mas todas elas com algumas debilidades²⁰.

Dai que, com vista à eliminação destes problemas, se tenha sugerido a expressa e prévia resolução contratual de semelhantes questões, devendo os progenitores logo à partida acordar em contrato escrito qual o destino dos embriões, isto é, preconiza-se a elaboração prévia de um documento onde os beneficiários da técnica esclareçam em que termos se operará a transferência uterina em caso de divórcio ou separação. A *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) apresentou um documento intitulado “Ethics Report and Statement on the Disposition of Abandoned Embryos”, onde propunha esta mesma solução. Recomendava que as clínicas exigissem aos casais que tencionassem deixar os seus embriões conservados que previamente lhes entregassem “written instructions concerning disposition of embryos in the case of death, divorce, separation, failure to pay storage charges, inability to agree on disposition in the future, or lack of contact with the program.”. Uma opção semelhante é seguida por alguns estados norte-americanos e mesmo independentemente de imposição legal várias clínicas adoptaram este procedimento

²⁰ Estas várias hipóteses deixam de ter cabimento quando apenas um dos progenitores apresenta ligações genéticas com os embriões, criado com auxílio à doação de gâmetas, pois nesse caso deve prevalecer a vontade daquele – o único – que contribuiu com o seu material genético.

Em sentido não coincidente, Cristina Campiglio. A autora distingue duas situações: se os cônjuges estão ainda casados, é irrelevante que um tenha contribuído com gâmetas e outro não, pois ambos são progenitores legítimos; se já se encontram divorciados ou mesmo separados, é de dar prevalência à vontade daquele que fornece os gâmetas. Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 204.

para evitar futuros dissabores. O problema é que nos ordenamentos onde este acordo prévio não seja legalmente reconhecido nem sempre ele é considerado válido em tribunal²¹.

Pode suceder que decorra um longo período de tempo sem que os progenitores tomem qualquer decisão ou, simplesmente não consigam chegar a um acordo, nem exista este contrato prévio. A quem caberá a decisão nesta eventualidade? Segundo cremos – e partindo do princípio que os progenitores se desinteressaram completamente – a um organismo consultivo especializado. Inadmissível é deixar os embriões congelados *ad eternum*.

Questão diferente é a ocorrência de eventos supervenientes que tornam impossível a um dos progenitores manifestar a sua vontade. No caso de incapacidade superveniente de querer e entender, a decisão deve ser remetida ao respectivo curador, enquanto zelador dos bens e interesses do incapaz. Já a morte coloca problemas distintos, mormente o de saber se a pessoa poderá dispor dos seus embriões da mesma forma como poderá dispor dos seus bens. Poder-se-á, em testamento, decidir o destino dos embriões, como se fossem *res*? Ou será que a decisão passa inteiramente para as mãos do outro progenitor? Será que a decisão do sobrevivente poderá ir no sentido de requerer a implantação do embrião, na expectativa de que se desenvolva até ao estágio de pessoa humana? Se o sobrevivente for o homem, estaremos perante a maternidade de substituição, vedada em muitos ordenamentos jurídicos. Se o sobrevivente for a mulher, estaremos perante um fenómeno de reprodução *post-mortem*, igualmente banida em muitos ordenamentos dados os dilemas éticos e jurídicos que suscita, se bem que neste particular caso tratar-se-ia uma transferência póstuma de embriões, permitida por algumas leis, entre elas a portuguesa (art. 22.º/3 da Lei

²¹ Campiglio sugere esta hipótese mas aceita-a apenas na medida em tenha em conta a mutação das circunstâncias existentes. Cfr. Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 202.

32/2006, de 26 de Julho de 2006)²².

5. CONSENTIMENTO PARA A TRANSFERÊNCIA UTERINA

A problemática do destino dos embriões excedentários pode ser analisada à luz da doutrina do consentimento.

Efectivamente, um dos novos problemas suscitados pela fertilização *in vitro*, e a conseqüente existência de embriões *in vitro*, prende-se com o consentimento para uma posterior transferência uterina, particularmente quando o casal já entrou em ruptura. De entre os vários possíveis tipos de conflitos com que nos poderemos deparar, centrar-nos-emos numa sua particular modalidade: a existência de vontades antagónicas por parte dos elementos do casal no sentido de prosseguir com a transferência uterina. No fundo, este dilema reporta-se à *vexata questio* do consentimento, sua manutenção e respectiva revogação.

5.1. O REGIME LEGAL EM DIVERSOS PAÍSES

²² A reprodução *post-mortem* apresenta-se sob três formas distintas: inseminação, fertilização e transplantação. Na primeira e segunda hipóteses poderão existir – ou não – autorizações do elemento masculino no sentido do seu espermatozóide ser utilizado para fins reprodutivos, colocando-se a questão em termos de determinar se, caso este não tenha prestado consentimento (porventura com determinados requisitos, nomeadamente a forma escrita), poderá a mulher avançar com a reprodução, questão para a qual nos inclinamos para a resposta negativa. Mas mesmo existindo consentimento muitos ordenamentos jurídicos proíbem esta prática, alegando uma série de argumentos contra, primordialmente ligados ao bem – estar e melhor interesse da criança a nascer. Na terceira hipótese existiu necessariamente um consentimento do elemento masculino para, num primeiro momento, se proceder ao primeiro passo da reprodução, qual seja, a fertilização dos óvulos. Resta agora determinar se ele teria igualmente consentido na implantação do óvulo no corpo materno estando ele já morto, ou seja, se o seu desejo de procriar estaria na dependência de ele estar presente para assistir à sua descendência. Todavia, aqui a resposta terá de ser obviamente negativa, caso contrário a mesma dúvida se suscitaria face às mulheres que, estando grávidas mediante processos naturais, perdem por morte o pai da criança., eventualmente obrigando-as a abortar, solução evidentemente descabida.

Na Dinamarca, França, Grécia, Suíça e Holanda a lei refere expressamente que cada uma das partes envolvidas dispõe do direito de retirar livremente o seu consentimento enquanto o embrião não tiver sido transferido para o útero. No ordenamento inglês a norma que mais directamente versa a questão é o Schedule 3 do *Human Fertilization and Embriology Act* (HFEA), o qual permite a revogação do consentimento a qualquer momento antes que se inicie a transferência uterina. Noutros países – Bélgica, Alemanha e Finlândia – esta parece ser igualmente a solução seguida, conquanto não conste de expressa referência legal. É também a via adoptada., mas somente no que respeita à parte masculina, na Islândia, Suécia e Turquia.

Em contrapartida, na Hungria a lei permite que a mulher leve avante o tratamento mesmo que enviúve ou se divorcie, excepto se outra coisa constar de acordo previamente escrito. Nos sistemas jurídicos austríaco, italiano e estónio a possibilidade de revogação de consentimento por parte do homem apenas se mantém até à fertilização, e a partir daí releva somente a vontade da mulher. Na vizinha Espanha a revogação do consentimento masculino só é admitida caso o homem seja o marido ou companheiro da mulher. Este segundo modelo de regime do consentimento, mais favorável à parte feminina, funda-se na concepção de que o processo reprodutivo é mais onerosos para ela do que para ele, devido ao envolvimento direito do corpo das mulher e a todos os incómodos que daí derivam, a justificar um privilégio decisório da sua parte. Este mesmo facto explica que a implantação possa em alguns ordenamentos ser efectuada contra a vontade masculina, mas nunca contra a vontade feminina.

No caso da lei portuguesa nada está dito acerca da transferência em caso de ruptura conjugal. A omissão, conjugada com a imposição de um matrimónio ou de uma união estável como pressuposto da aplicação da técnica, leva a concluir que em caso de divórcio ou de separação a transferência não será

de efectuar, nem mesmo com o consentimento do ex-cônjuge.

A dúvida reside em saber se a transferência embrionária pode ou não ser considerada um acto médico, e a nossa resposta é negativa, pelo menos quando se trate do elemento masculino. Já no caso da parte feminina, e dado que a transferência uterina implica uma intromissão na sua integridade física, inclinamo-nos para uma resposta positiva.

5.2. O REGIME NO DIREITO INTERNACIONAL

Poucas são as normas de direito internacional aplicáveis a este tipo de conflitos, e nenhuma o será por aplicação directa dado que não existe disposição que expressamente preveja esta situação.

Na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face à Aplicação da Biologia e da Biomedicina (CDHBMed) podemos socorrer-nos do art. 5.º segundo o qual qualquer intervenção médica carece sempre do consentimento livre e informado da pessoa, admitindo porém que esse consentimento possa ser retirado em qualquer altura, o que joga a favor da tese da livre revogação do consentimento de qualquer um dos progenitores antes da implantação e, por conseguinte, da primazia do direito à não reprodução.

A mesma ideia está presente no art. 6.º da Declaração Universal de Bioética e de Direitos Humanos, segundo o qual toda a intervenção médica demanda o prévio consentimento do sujeito, de forma livre e esclarecida, podendo este ser retirado a qualquer momento, e sem justificação, sem que daí advenha qualquer desvantagem ou prejuízo para o próprio.

6. DECISÕES JUDICIAIS RELEVANTES

As decisões judiciais que têm vindo a cunhar a resolução destas questões a nível mundial chegam-nos sobretudo dos

Estados Unidos, embora hoje nos possamos deparar com casos semelhante um pouco por todo o mundo dito “desenvolvido”. Note-se que o ordenamento americano não dispõe de regulamentação sobre a matéria a nível federal, nem a maioria dos Estados se preocupou com este problema, pelo que são os tribunais que essencialmente resolvem os conflitos com base noutras disposições existentes. Os mais paradigmáticos são os casos *Davis v. Davis*²³ e ao caso *Kass v. Kass*²⁴, mas muitos outros se lhes seguiram, embora pouco tenham inovado relativamente a estas primeiras decisões.

Antes de mergulharmos na sua análise, sublinhe-se desde já que em todos estes casos da jurisprudência norte-americana os tribunais superiores decidiram que os embriões não poderiam ser implantados contra a vontade de uma das partes (ainda que da leitura de algumas das citadas decisões se possa inferir uma simpatia dos juízes para com a parte que tenha naqueles embriões a única oportunidade de reprodução).

6.1. CASO DAVIS

Um dos casos judiciais mais expressivos a propósito deste debate é o caso *Davis v. Davis*, decidido pelos tribunais do Estado norte-americano do Tennessee. Quando o casal Davis decidiu divorciar-se já havia iniciado um processo de fertilização *in vitro*, do qual resultaram nove embriões congelados, restando sete após o transplante fracassado de dois deles. Enquanto a senhora Davis pretendia implantar os restantes para assim ter um bebé (se bem que posteriormente tenha mudado de opinião e pretendesse os embriões para os dar para adopção), o senhor Davis opunha-se a essa pretensão, pelo que recorreu ao tribunal para resolver o pleito. Ao pronunciar-se

²³ Caso *Davis v. Davis* (842 Sw 2d 588, 1992, Tennessee, Supreme Court).

²⁴ Caso *Kass v. Kass* (23 Jan., 1995 at 34, 23 Jan., 1995, New York Supreme Court).

sobre este conflito o tribunal teve que tomar posição sobre o estatuto dos embriões, no sentido de decidir se seriam “coisas” ou “pessoas”.

O tribunal de 1.º instância deu razão à senhora Davis, conferindo assim primazia, por um lado, ao direito da mãe a procriar, mesmo sem (ou contra) a vontade do pai, por outro lado, ao interesse dos embriões congelados, enquanto sujeitos dotados de subjectividade jurídica, titulares de direitos ou, no mínimo, de interesses – no caso, o interesse a nascer – com base na tese de que a vida humana se inicia com a fecundação. Afirmou o tribunal que estas “entidades mantidas sob frio intenso” são seres humanos, e não objecto de um direito de propriedade, mais propriamente tratar-se-ia de “children in vitro”.

O tribunal de recurso, o *Tennessee Supreme Court*, decidiu de outro modo. Desde logo, negou aos embriões o mesmo grau de tutela jurídica de que gozam as pessoas já nascidas, embora não os tenha rebaixado à categoria de coisas. Por conseguinte, não lhes reconheceu nenhum interesse digno de tutela, nomeadamente o interesse a nascer, mas tão-só os interesses e direitos dos progenitores, os quais poderiam dispor dos embriões nos termos do regime do poder paternal, não nos termos do regime da propriedade. Este tribunal distinguiu no direito reprodutivo uma vertente positiva (direito a procriar) e uma vertente negativa (direito a não procriar), ambas invocadas no caos concreto, merecedoras, qualquer delas, do mesmo grau de protecção, pelo que a decisão da 1.ª instância violava cabalmente o direito à não reprodução²⁵. O tribunal de recurso seguiu o critério do “maior encargo”. No caso, seria para o pai um pesado encargo saber que existiam crianças no mundo que eram seus filhos, mas com as quais não tinha qualquer contacto (ou porque estavam com a mãe ou porque haviam sido adota-

²⁵ "For the purposes of this litigation it is sufficient to note that, whatever its ultimate constitutional boundaries, the right of procreational autonomy is composed of two rights of equal significance the right to procreate and the right to avoid procreation."

das por outro casal); em contrapartida, o encargo suportado pela senhora Davis com a recusa da implantação seria menor, tanto mais que se poderia submeter a um outro processo de reprodução com o seu novo marido, até porque ainda se encontrava em idade fértil²⁶.

Embora divergindo nas suas decisões finais, ambas instâncias partiram do mesmo pressuposto: os embriões não são coisas objecto do direito de propriedade, mas sim entidades humanas cujo destino será decidido à luz das regras do poder paternal²⁷.

6.2. CASO KASS

O caso *Kass v. Kass* apresenta contornos diferentes, uma vez que aí, previamente à inseminação, as partes tinham assinado um contrato no qual se estipulava que a clínica apenas poderia entregar os embriões congelados a uma delas mediante o consentimento escrito da outra e, na eventualidade de não haver acordo entre ambas, poderia a clínica utilizá-los para experimentação²⁸. O problema estava desde logo na interpreta-

²⁶ “[T]he party wishing to avoid procreation should prevail, assuming that the other party has a reasonable possibility of achieving parenthood by means other than use of the pre-embryos in question. If no other reasonable alternatives exist, then the argument in favour of using the pre-embryos to achieve pregnancy should be considered. However, if the party seeking control of the pre-embryos intends merely to donate them to another couple, the objecting party obviously has the greater interest and should prevail.”

²⁷ Comentando este caso, Sérgio FERRAZ, *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais...*, cit., p. 60, 61.

Comentando este e outros casos de disputas de embriões, Heidi FORSTER, “Law and Ethics Meet: When Couples Fight over their Frozen Embryos”, *Journal of Andrology*, Vol. 21, n.º 4, July/August 2000; Helene SHAPO, “Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One’s Mind”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 12, 2002, p. 75 ss.

²⁸ Declarava-se neste acordo: “Our frozen pre-zygotes will not be released from storage for any purpose without the written consent of both of us, consistent with the policies of the IVF Program and applicable law. In the event of divorce, we understand that legal ownership of any stored pre-zygotes must be determined in a proper-

ção dos termos do acordo, pois enquanto o senhor Kass entendia que se exigia o mútuo consentimento para a implantação, a sua ex-mulher defendia que não,

A história resume-se nestes termos: após uma tentativa de implantação falhada numa mãe de substituição o casal divorciou-se, e a senhora Kass requereu que os restantes embriões fossem transferidos para o seu útero, não obstante já contar com gravidezes fracassadas.

O primeiro tribunal que decidiu a causa fez tábua rasa do acordo previamente estipulado, pois considerou que não se lhe poderiam atribuir efeitos jurídicos, em virtude dos termos demasiado latos da sua redacção. O tribunal deu prevalência ao direito reprodutivo da mulher, argumentado que “...a husband right and control over the procreative process ends with ejaculation”. Ou seja, o direito a não procriar do marido esgotar-se-ia a partir do momento em que este doa o seu esperma. Assim como a vontade masculina não é tida em conta para efeitos do aborto da mulher tratando-se do destino de embriões uterinos, também não deveria ser tida em conta para efeitos reprodutivos com embriões *in vitro*. O juiz atribuiu o poder sobre os embriões à mulher, embora lhe tenha fixado um prazo máximo para a sua implantação para que a paternidade da contraparte não permanecesse eternamente em *stand by*.

Esta decisão foi revogada pelo *New York Court of Appeal*, que entendeu que o acordo inicial era suficientemente claro e, portanto, devia ser respeitado, até porque a analogia entre as duas formas de reprodução – a sexual e a medicamente assistida – não singrava, uma vez que nesta última em nada se tocava a integridade física da mulher, pelo que não existia motivo que fizesse sobrelevar o seu interesse e, pelo contrário, seria demasiado oneroso para a parte masculina ser forçado a uma paternidade indesejada.

Consequentemente, entregou os embriões à clínica para experimentação científica.

6.3. CASO A.Z. v. B.Z

No caso *A.Z. v. B.Z*²⁹ o casal havia previamente assinado um contrato nos termos do qual, em caso de desacordo, deveriam os embriões ser entregues à esposa. De facto as partes tornaram-se desavindas, e o marido recusou a implantação ao passo que a mulher queria continuar o processo.

Desta feita o *Supreme Court of Massachusetts* recusou a efectivação do acordo (na verdade sete acordos) por considerar que em matéria de liberdade reprodutiva não deve o tribunal forçar a vontade das partes, no caso, forçar o homem a ser pai. O motivo pelo qual o acordo foi recusado prende-se principalmente com as circunstâncias da sua celebração, pois ficou provado em tribunal que cada vez que eram extraídos ovócitos à esposa o marido assinava um formulário em branco, que a esposa depois preenchia com diversas disposições acerca do futuro dos embriões, entre elas que, em caso de separação, deveriam os embriões ser-lhe entregues. Para além disso, aquele particular convénio destinava-se mais a regular as relações do casal (entendido como unidade) com a clínica do que as relações entre ambos membros do casal. Depois argumentou o tribunal que já tinham passado quatro anos desde a assinatura do último formulário. Ora, se mesmo reportando-nos a essa data seria duvidoso que reflectisse a vontade de ambas partes, ainda mais duvidoso o era agora. Outro argumento relacionava-se com o teor literal dos convénios, onde se usava a expressão “separação”, quando afinal as partes estavam agora divorciadas, sendo que em termos jurídicos se verifica uma substancial diferença entre divórcio e separação, pelo que o conteúdo estipulado para uma dessas situações não poderá valer, sem mais, para a outra.

²⁹ Caso *A.Z. v. B.Z*, 431 Mass. 150 ; 725 N.E. 2d 1051, (2000).

Finalmente, porque entendeu que não são de admitir contratualizações em matéria das relações familiares, especialmente contratualizações irreversíveis, sob pena de violação de princípios de ordem pública do Estado. "Prior agreements to enter into familial relationships (marriage or parenthood) should not be enforced against individuals who subsequently reconsider their decisions," afirmou o tribunal. De modo que foi proibida a implantação dos embriões, não obstante a senhora B.Z. ter já 45 anos, e esta representar provavelmente a sua última oportunidade de ter filhos.

6.4. CASO *J.B. v. M.B*

O caso *J.B. v. M.B.*³⁰ é exactamente o inverso do anterior. Embora existisse também um acordo prévio, agora era a mulher que pedia a destruição dos embriões e o homem que reivindicava a sua conservação para posteriores utilizações, nomeadamente, a doação para adopção por outro casal. Acontece que o acordo estipulava que em caso de divórcio os embriões deveriam reverter para a clínica. O tribunal desconsiderou o acordo, não apenas por o classificar de ambíguo nos seus termos, mas sobretudo porque um contrato relativo à implantação de embriões violava, no entender do tribunal, a ordem pública do estado de Nova Jersey.

Em contrapartida, o *New Jersey Supreme Court* foi mais moderado em relação nas suas críticas ao contrato, mas ainda assim decidiu não o fazer prevalecer contra a vontade de uma das partes.

De qualquer forma, ambos tribunais privilegiaram o direito à não reprodução da mulher, pelos motivos acima invocados, sobretudo atendendo ao facto do homem já ser pai e poder sê-lo de novo. Ou seja, em qualquer destas decisões a questão foi analisada em termos de conflito de direitos – excluindo por

30 Caso *J.B. v. M.B.*, 783 A.2d 707, N.J. (2001).

completo eventuais intenções de protecção em prol dos embriões – e dando prevalência nesse conflito ao direito à não reprodução, em nome da própria liberdade reprodutiva.

6.5. CASO *LITOWITZ* v. *LITOWITZ*

No caso *Litowitz v. Litowitz*³¹ o casal havia recorrido a uma dadora para obter os óvulos que posteriormente foram fertilizados com esperma do marido, e após a mãe de substituição ter dado à luz uma criança normal os restantes embriões foram posteriormente congelados. Neste caso existiam dois contratos, sendo que nenhum deles versava especificamente o destino dos embriões em caso de ruptura: o contrato entre o casal e a dadora estipulava que eram eles os proprietários dos óvulos, e seriam eles também a dispor dos mesmos, ainda que para fins de utilização por terceiras pessoas carecessem do consentimento escrito daquela; um outro contrato, agora entre o casal Litowitz e a clínica, determinava que o período máximo de conservação dos embriões seria de cinco anos, período dentro do qual qualquer destino dos embriões careceria de acordo comum dos “intending parents”, na ausência do qual caberia ao tribunal decidir. Sucede que entretanto as partes divorciaram e emergiu então a disputa.

O senhor Litowitz solicitava a destruição dos embriões, mas a senhora Litowitz solicita que os embriões lhe fossem devolvidos, para serem gerados por uma mãe de substituição, que depois lhe entregaria o bebé, tal como, em seu entender, se encontrava estabelecido no contrato de gestação. A mãe de substituição veio secundar o seu pedido, no sentido de, não sendo os embriões atribuídos à senhora Litowitz, o fossem a ela. No fundo, as duas mulheres aliaram-se para obter poder sobre os embriões. Pode-se questionar se algumas delas poderia reivindicar tal poder. Como bem sublinhou o tribunal, no

³¹ Caso *Litowitz v. Litowitz*, 146 Wash. 2d 514, 48 P.3d 261 (2002).

que respeita à senhora Litowitz, esta não apresentava qualquer ligação genética com os embriões; no que respeita à dadora, o contrato apenas lhe permitia dispor dos ovócitos, que nesta altura já não existiam, pois haviam dado lugar a embriões (embora seja pertinente questionar se o poder de controle por parte dos dadores de gâmetas não se estenderá igualmente ao produto da fertilização dos respectivos gâmetas).

Um dos argumentos da senhora Litowitz era a impossibilidade de revogação do consentimento à procriação, estipulada no caso *Buzzanca*³², em que se discutiu se um dos pais legais poderia recusar-se a assumir a paternidade do filho da mãe de substituição após o divórcio, respondendo-se negativamente. A diferença – fundamental, diga-se – é que em *Buzzanca* existia uma criança já nascida, e aqui apenas embriões,

O primeiro tribunal que julgou o caso fê-lo com base no melhor interesse do embrião e aceitou o pedido do pai (aliás, o único com ligação genética aos embriões) no sentido de serem doados a um casal infértil, pois assim os embriões poderiam nascer e crescer num ambiente familiar com um pai e uma mãe. Mas tal decisão foi revogada pelo Washington Supreme Court, segundo o qual os embriões não poderiam já ser implantados porque haviam passados mais de cinco anos e o contrato inicial impedia que o fossem em tais circunstâncias. Mas, se assim não fosse, deveriam os embriões ser atribuídos ao pai, uma vez que a sua ex-esposa não era mãe biológica, logo, apenas ele poderia reivindicar o direito à reprodução³³.

6.6. CASO *ROMANO v. ROMANO*

³² *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Call Ap. 4 th 1410, 72 Cal. Rptr 2d 280, 1998.

³³ No que respeita à fundamentação constitucional deste direito, a maioria dos juízes decidiu-se pelo direito à privacidade. Porém, o juiz Bridgewater, na sua opinião dissidente, afirmou que tal fundamento só teria lugar se os embriões já tivessem nascido ou, pelo menos, já tivessem sido transferidos para um útero. Antes de tais acontecimentos o que estaria em causa seria o direito de controlo do património genético por parte do senhor Libowitz.

O último caso norte-americano de que temos notícia data de Abril deste ano, quando estava pendente no *Supreme Court* do Texas. Em *Romano v. Romano* o marido pede para se interromper o processo mesmo antes da transplantação dos embriões, em virtude da má situação que vivia o casamento. Acabam por se divorciar, e enquanto a senhora Romano requer a transferência dos embriões, mesmo isentando o ex-marido de qualquer responsabilidade financeira, ele nega-se. O caso está presentemente a ser decidido. Um dos argumentos da senhora Romano é de que as mulheres que se submetam a procriação medicamente assistida devem ter os mesmos direitos sobre os seus embriões que são reconhecidos às mulheres que se reproduzem de forma sexual. Para além de nesta última hipótese se conceder às mulheres um espaço de decisão excessivamente amplo, entendemos igualmente que as duas situações não são comparáveis – logo, não convence uma hipotética violação do princípio da igualdade – porque o envolvimento corporal se revela decisivo.

6.7. CASO *NACHMANI v. NACHMANI*

De Israel também nos chega um caso interessante, desde logo pelo desfecho surpreendente: o caso *Nachmani v. Nachmani*³⁴. Um casal decide recorrer à fertilização *in vitro*, e subsequente gestação do feto por uma mãe de substituição (legal em Israel), dada a incapacidade da mulher para o fazer. É assinado um contrato com a mãe de substituição, mas com a clínica nada é estipulado quanto ao destino dos embriões caso ocorra uma separação. Esta veio de facto a suceder antes que os embriões chegassem a ser implantados na mãe de substituição. A parte feminina mantinha a intenção de fazer continuar o processo, até porque era a sua única hipótese de ter filhos, já que

³⁴ Case *Nachmani v. Nachmani*, 50(4) P.D. 661 (Isr).

não disponha de mais óvulos. Mas o homem refizera entretanto a sua vida com uma nova companheira, da qual tinha filhos, e manifestou a sua oposição.

O *District Court* deu razão à mulher, e sustentou que depois de dado o seu consentimento à reprodução o homem já não poderia voltar atrás, tal como não lhe era possível fazê-lo depois da fertilização do óvulo na reprodução sexual. Em contrapartida, o *Supreme Court*, mediante um painel de 5 juízes, fez prevalecer o direito à não reprodução do homem, no seguimento das decisões norte-americanas atrás referidas. Finalmente a decisão definitiva veio novamente do *Supreme Court*, mas agora com um painel de 11 juízes, onde uma decisão tomada por 7/4 reverteu a sentença anterior e de novo deu razão à mulher, em virtude da ausência de alternativas disponíveis para efectivar a sua maternidade, conferindo primazia ao direito à reprodução sobre o direito à não reprodução. Mas outros fundamentos foram aduzidos, desde logo um argumento pró-vida face aos embriões, bem como o argumento da vinculação do marido no consentimento oral prestado no início do tratamento. Como se depreende, esta solução encontra-se em manifesta oposição com a linha dominante na jurisprudência norte-americana.

7. O CASO EVANS

7.1. MATÉRIA DE FACTO E MATÉRIA DE DIREITO

Os processos judiciais relativos a conflitos de vontade acerca do destino dos embriões excedentários têm surgido essencialmente no sistema jurídico norte-americano. Ainda que não fossem desconhecidos na Europa, nenhum atingira proporções mediáticas até ao recente caso Evans, decidido pelo TEDH³⁵. Este foi, não apenas o mais famoso dos processos

³⁵ Na verdade existem duas decisões do TEDH sobre o caso Evans: *Evans v. The*

judiciais europeus sobre esta questão, como representou igualmente a primeira vez que o TEDH teve ocasião de se pronunciar acerca de embriões *in vitro*, já que até à data todas as suas decisões relativas à vida humana pré-natal se debruçaram sobre embriões *in utero* e a concomitante problemática do aborto.

Em Julho de 2000, a requerente e o seu companheiro iniciaram um tratamento de fertilidade numa clínica inglesa, e quando em Outubro foram informados de que a requerente padecia de um cancro nos ovários, em estado tão avançado que implicava a extracção dos mesmos, decidiram levar avante o processo reprodutivo. Foram extraídos óvulos da requerente, mais tarde inseminados com esperma do companheiro, e posteriormente congelados (o congelamento de óvulos não fertilizados não tem grande sucesso e nem sequer era realizado naquela clínica). Informaram-nos que, de acordo com o disposto na lei inglesa, qualquer um deles poderia retirar o seu consentimento até ao momento da transferência uterina. As partes assinaram então os necessários documentos, mediante os quais o companheiro dava o seu consentimento à utilização do esperma, à aplicação reprodutiva dos embriões daí resultantes e à criopreservação por um período de 10 anos dos embriões excedentários, ainda que durante esse prazo falecesse ou se tornasse incapaz. E foi assim que antes da remoção dos ovários da requerente se geraram e congelaram 6 embriões. Em Maio de 2002 o casal separou-se, e em Julho o elemento masculino notificou a clínica da separação, requerendo a destruição dos embriões congelados, tal como previsto na secção 8(2) do Schedule 3 do HFEA³⁶.

United Kingdom, no. 6339/05, Decision of 7 March 2006, ECHR; *Evans v. The United Kingdom* (GC), no. 6339/05, Decision of 10 April 2007, ECHR, que confirmou *ipsis verbis* aquela primeira.

³⁶ Section 8(2) Schedule 3, HFEA – An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be kept in storage unless there is an effective consent, by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo, to the storage of the embryo and the embryo is stored in accordance with those consents.

Todo o regime inglês da procriação assistida (sendo que o mesmo se poderá dizer em relação aos demais países) gira em torno do consentimento dos interessados e, sendo esta agora uma particularidade do sistema inglês, da uma autorização da autoridade competente (segundo a section 3 do HFEA a criação de embriões e subsequente criopreservação apenas é possível desde que a *Human Fertilization and Embryology Authority* tenha concedido as respectivas licenças³⁷). Ora, a section 12(c) do HFEA condiciona a concessão de licenças ao cumprimento do Schedule 3 do HFEA, relativo ao consentimento³⁸. A regra nesta matéria é que os doadores de gâmetas (masculinos e femininos) terão que dar o seu consentimento à utilização dos gâmetas, o qual se deverá manter até ao momento da implantação dos embriões (de onde se depreende que até à implantação é livremente admitida a retirada do consentimento)³⁹.

A requerente apresentou então o seu caso ao *High Court*, solicitando o seguinte: i) a condenação do ex-companheiro ao cumprimento do consentimento previamente dado; ii) a exclusão da aplicação da referida section 8(2) do Schedule 3 do

³⁷ Section 3(1) HFEA – No person shall (a) bring about the creation of an embryo, or (b) keep or use an embryo, except in pursuance of a licence.

³⁸ Section 12 HFEA – The following shall be conditions of every licence granted under this Act (...) (c) that the provisions of Schedule 3 to this Act shall be complied with...

³⁹ Os Lords Justices Thorpe and Sedley comentaram a propósito deste Schedule 3: “(i) Those contemplating the storage and/or use of embryos created from their gametes must first be offered counselling; (ii) they must specifically be informed of the circumstances in which consent to the storage or use of an embryo may be varied or withdrawn; (iii) consent given to the use of an embryo must specify whether the embryo is to be used to provide treatment services to the person giving consent, or to that person together with another, or to persons not including the person giving consent; (iv) an embryo may only be stored while there is effective consent to its storage from both gamete providers, and in accordance with the terms of the consent; (v) an embryo may only be used while there is an effective consent to its use from both gamete providers, and in accordance with the terms of that consent; (vi) consent to the storage of an embryo can be varied or withdrawn by either party whose gametes were used to create the embryo at any time; (vii) consent to the use of an embryo cannot be varied or withdrawn once the embryo has been used in providing treatment services.”

HFEA, por violação dos seus direitos fundamentais, nomeadamente os consagrados nos arts. 8.º, 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH); iii) concessão de protecção legal aos embriões, por via do disposto nos arts. 2.º e 8.º da CEDH.

Porém, a decisão do tribunal inglês⁴⁰ não lhe foi favorável. No que respeita ao primeiro pedido, concluiu o tribunal que o consentimento do ex-companheiro estava condicionado pela manutenção das mesmas circunstâncias existentes quando foi prestado de boa-fé. Pois se a situação fosse a inversa, e se tratasse de um homem agora infértil a exigir que a ex-companheira aceitasse que os embriões previamente criados com os gâmetas de ambos fossem transferidos para o seu útero, ninguém duvidaria que ela se poderia recusar. Quanto à segunda solicitação, decidiu que o único direito da requerente eventualmente violado seria o direito à reserva da vida privada, mas que no caso concreto a intromissão estatal era admissível. Finalmente, no que toca ao terceiro pedido, não considerou o embrião beneficiário dos direitos contidos na CEDH.

A requerente recorreu então para o *Court of Appeal*, mas decisão foi-lhe novamente desfavorável⁴¹, pois o tribunal de recurso reforçou a relevância do consentimento de ambos para a transferência dos embriões ser levada a cabo: "...The need, as perceived by Parliament, is for bilateral consent to implantation, not simply to the taking and storage of genetic material, and that need cannot be met if one half of the consent is no longer effective. To dilute this requirement in the interests of proportionality, in order to meet [the applicant's] otherwise intractable biological handicap, by making the withdrawal of the man's consent relevant but inconclusive, would create new and even more intractable difficulties of arbitrariness and in-

⁴⁰ Decision of 1 October 2003, *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others*, [2003] EWHC 2161 (Fam).

⁴¹ Decision of 25 June 2004, *Evans v. Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727.

consistency. The sympathy and concern which anyone must feel for [the applicant] is not enough to render the legislative scheme... disproportionate.” Para além disso, afirmou o tribunal que o embrião não goza de direitos nem de interesses à luz do sistema jurídico inglês.

Esgotados os mecanismos de direito interno, a senhora Evans queixou-se ao TEDH, alegando violação do seu direito à privacidade (art. 8.º CEDH) e ao princípio da proibição da discriminação (art. 14.º CEDH), bem como uma violação do direito à vida dos embriões (art. 2.º CEDH).

No que respeita ao art. 2.º CEDH, esta pretensão estava praticamente votada ao insucesso, atendendo à jurisprudência constante do TEDH, que reiteradamente remete para cada Estado parte a definição do momento em que se inicia a vida humana digna de protecção jurídica, ou seja, é a cada Estado que incumbe definir, nas respectivas leis, se o embrião goza ou não do direito à vida e, no caso concreto do ordenamento inglês, este direito é-lhe negado.

Quanto ao art. 8.º CEDH, a requerente insurgiu-se contra aquilo que, em seu entender, configurava uma ilegítima intromissão do Estado na sua vida privada. Porém, a intervenção estadual nesta matéria pode ser vista, não como uma intromissão, mas sim como o cumprimento de uma obrigação positiva de regulamentação no domínio de uma área chave para os direitos fundamentais. Esta intervenção estadual deverá pautar-se pela harmonização entre os interesses conflitantes das partes envolvidas, e, concomitantemente, o interesse concreto destas com o interesse geral da colectividade. Mas as formas de realizar este objectivo podem ser as mais variadas, gozando aqui os Estados de uma ampla margem de apreciação, tanto mais que nos reportamos a questões acerca das quais ainda não existe consenso bastante para se poder apontar uma resposta como sendo definitivamente a mais correcta. Nomeadamente, não existe consenso quanto à possibilidade de retirar o consenti-

mento e ao carácter vinculativo deste, como se depreende da análise das várias soluções legais dos vários ordenamentos jurídicos.

No caso inglês, o Estado optou por permitir a revogação do consentimento de qualquer dos intervenientes a todo o momento, desde que a implantação ainda não tenha ocorrido, até para salvaguardar eventuais alterações das circunstâncias pessoais. Ambas partes desta disputa tinham conhecimento dessa possibilidade, não obstante no caso concreto a decisão de prosseguir o tratamento ter sido particularmente rápida, em virtude da pressão das circunstâncias ditadas pela situação médica da senhora Evans.

Mesmo que se entenda que esta regulamentação estadual interfere com a privacidade dos cidadãos, certo é que em várias decisões anteriores o TEDH decidiu que o art. 8.º CEDH permite de facto que o Estado disponha sobre alguns aspectos da vida privada fundado em prementes razões de interesse público, tal como ficou demonstrado nos casos *Pretty* e *Odièvre*. Aliás, o que o Estado deve fazer nestes casos é manter o equilíbrio entre ambas partes no que respeita à preservação da sua vida privada. Concluiu o TEDH que o Estado inglês procurou garantir esse equilíbrio da forma que lhe pareceu mais correcta, sem violar o campo de livre apreciação que lhe foi concedido pelo art. 8.º CEDH.

A última norma invocada foi o art. 14.º CEDH, segundo o qual se considera existir uma discriminação quando se constate uma diferença de tratamento entre pessoas em situação análoga ou similar, excepto se essa diferença estiver preordenada para um objectivo legítimo ou se contar com uma justificação razoável e objectiva. Na medida em que se movimente dentro destes parâmetros, pode o Estado, nas leis que crie, estipular as diferenças de tratamento que entender adequadas.

A invocação do art. 14.º CEDH fundava-se na ilegítima diferenciação entre a situação jurídica da mulher que se repro-

duz por acto sexual, e que dispõe de inteiro controlo sobre os seus embriões desde o momento da fecundação até ao parto, e a posição jurídica da mulher que se vê na contingência de recorrer à procriação assistida, a qual fica sujeita ao controlo estadual e na dependência das variações de vontade do fornecedor de esperma. Mas o Governo inglês alegou que a discriminação alegada não existia, uma vez que a transferência do embrião para o útero equivalia à fertilização do óvulo dentro do corpo da mulher durante a relação sexual, sendo que ambos actos dependem de uma prévia vontade masculina. Qualquer outra diferença que sobrevenha entre as duas situações seria perfeitamente justificada pela disparidade de circunstâncias. O TEDH foi sensível a esta argumentação e rejeitou a alegada violação do art. 14.º CEDH.

Por conseguinte, considerou que nenhuma das disposições da lei inglesa (HFEA) violava os direitos da senhora Evans, pelo que não havia fundamento para afastar as normas nacionais que impediam a transferência uterina dos embriões.

7.2. APRECIÇÃO DO CASO

Este caso suscita-nos algumas reflexões. Em via de princípio, a solução abstractamente propugnada pela lei parece-nos a mais adequada à harmonização dos direitos das partes envolvidas. Mas a solução cominada para a generalidade dos casos nem sempre se revela justa na sua aplicação a cada caso concreto. Parece-nos que é o que sucede aqui. Porque de facto o elemento masculino conserva a sua capacidade reprodutiva e pode exercer-la com qualquer outra pessoa, mas já no que toca ao elemento feminino o mesmo se não verifica, pois a senhora Evans sofreu uma remoção de ovários. A sua única oportunidade de ser mãe biológica seria mediante a implantação dos embriões que anteriormente tinha gerado com um homem que, à data, se havia comprometido por escrito (e, presume-se, de

boa fé) e levar a bom termo o procedimento. É certo que a senhora Evans conhecia a lei aplicável, e sabia portanto que o consentimento daquele poderia ser retirado, mas dadas as circunstâncias confiou. Se porventura o seu ex-companheiro lhe tivesse manifestado as suas dúvidas logo nessa altura ter-lhe-ia permitido procurar outras alternativas antes de esgotar a sua última oportunidade de ser mãe.

Não temos uma resposta definitiva sobre o que deveria ter sido feito. Certo é que este conflito não se compadece com a solução que é comumente aplicada aos conflitos de direitos, e que se traduz na paulatina restrição de cada um dos direitos até atingir um ponto óptimo, que permita a sobrevivência do núcleo essencial de cada direito sem anular por completo nenhum deles. Pois neste conflito particular a satisfação de um direito implica necessariamente o sacrifício do outro, e é de todo impossível atingir um equilíbrio resultante de restrições recíprocas. Não há cinzentos aqui, é tudo preto ou branco.

A única via de ultrapassar o dilema traduz-se na análise do prejuízo que cada uma das partes terá que suportar caso seja seu o direito sacrificado. É mais grave ter um filho conta vontade ou não poder ter um filho que se deseja? Em regra, obrigar uma pessoa a suportar certo sacrifício é considerado mais gravoso do que impedi-la de usufruir de certa vantagem. Esta fórmula tem sido aplicada aos direitos reprodutivos, e os tribunais vêm considerando mais grave a violação do direito à não reprodução do que a violação do direito à reprodução, como se comprova pelas decisões anteriormente citadas. Em via de princípio, esta solução merece o nosso acordo. Porém, tenhamos em conta as especificidades do caso: i) a senhora Evans não dispõe de mais nenhuma oportunidade de ter filhos; ii) a sua decisão inicial foi ditada pela vontade manifestada na altura pelo seu ex-companheiro, da qual não havia motivo para duvidar, dada a relação emocional existente entre ambos. Por conseguinte, somos da opinião que a regra geral não se pode

manter.

Logo, o legislador deverá deixar uma margem de abertura ao julgador concreto para que este possa adequar os critérios gerais de resolução aos casos que apresentem traços particulares e especificidades tais que demandem uma consideração especial.

O caso Evans não foi o único ocorrido no espaço europeu. Particularmente interessante é um caso que surgiu na Irlanda em 2006, logo depois da primeira decisão do TEDH relativa ao caso Evans. Deixa-nos curiosos saber como se decide a questão no âmbito de uma legislação que consagra expressamente o direito à vida dos nascituros, a única aliás com semelhante conteúdo, pelo menos no espaço europeu. Será que para além de se proibir o aborto também se imporá a transferência uterina dos embriões? A decisão final é de Novembro de 2006, (*High Court in MR v TR* [2006] IEHC 359, 15 November 2006) e nela se repetiu o juízo do TEDH, afirmando-se que não pode a mulher proceder à transferência dos embriões sem o consentimento do pai biológico,

8. PODER DE DECISÃO NO CASO DE EMBRIÕES GERADOS COM GÂMETAS DE TERCEIROS

Caso se tenha tratado de uma reprodução heteróloga, defendemos que o sujeito (homem ou mulher) que não contribui geneticamente para a formação do embrião não poderá decidir do seu destino, desde logo porque não lhe cabe reivindicar o exercício de um direito reprodutivo, aqui inexistente da sua parte. Logo, a questão será decidida apenas pelo progenitor genético (como se explicará no ponto seguinte, cremos que também o dador de gâmetas é afastado desta decisão). Caso nenhum dos beneficiários das técnicas reprodutivas mantenha laços biológicos com o embrião aplicar-se-ão as soluções propostas para os casos em que tais laços existam quanto a ambos

beneficiários, pois o que releva em que estejam em pé de igualdade face ao embrião.

9. PODER DE DECISÃO DOS DADORES DE GÂMETAS

Caso o embrião tenha sido gerado com gâmetas doados por terceiros, emergem novos intervenientes, alheios à união, e cuja participação acaba por ser decisiva para o sucesso do procedimento.

Terá o doador de gâmetas alguma interesse em ser ouvido quanto ao destino dos embriões? Será que ao doar os seus gâmetas abriu imediatamente mão de qualquer direito sobre eles? Efectivamente, para os doadores pode não ser irrelevante que o seu material genético se encontre neste momento no seio desta família ou daquela; mas sobretudo não lhe é indiferente que o embrião esteja a crescer enquanto ser humano, ou, ao invés, utilizado em investigações científicas.

Uma resposta possível seria considerar que o direito sobre o material genético obriga a que, caso o embrião seja destinado a outros fins que não o originariamente proposto, que se supõe ser a reprodução – tais como a investigação ou a extracção de células estaminais – se requeira o consentimento dos dadores⁴².

Porém, causa-nos perplexidade que o dador não se desligue do “objecto” (referimo-nos aos gâmetas, não aos embriões) da doação. Os mesmos motivos que têm levado os legisladores de vários países a isentá-los de qualquer responsabilidade parental (ou, noutra perspectiva, a negar-lhes a possibilidade de

⁴² Opinião de Françoise BAYLIS, “Betwixt and Between Human Stem Cells Guidelines and Legislation”, *Health Law Review*, Special Edition: The Assisted Human Reproduction Act, Vol. 11, n.º 1, 2002, p. 47.

Mas ainda que os dadores devam consentir a alteração de finalidade, não nos apreço que o mesmo se aplique quando a nova finalidade seja a destruição dos gâmetas ou dos embriões.

assumir os seus direitos parentais⁴³) justifica que, por maioria de razão, não lhe seja pedido consentimento para qualquer uso possível dos embriões. Sobretudo atendendo ao facto de a maioria das legislações ter ido mais longe, impondo inclusivamente a regra do anonimato do dador (art. 15.º/1 Lei 32/2006), para reforçar o distanciamento entre dadores e embriões. Embora nos manifestemos contra esta solução do anonimato, a nossa crítica funda-se nos direitos da criança assim nascida (mormente o direito à identidade genética e pessoal), não em eventuais direitos do dador, pelo que, e para garantir a congruência, também negamos ao dador qualquer direito no que respeita à deliberação do destino do embrião.

10. DIREITO À REPRODUÇÃO E DIREITO À NÃO REPRODUÇÃO

Não deixa de ser curioso observar a radical mudança na forma como o interesse dos hipotéticos progenitores é avaliado, consoante se trata de reprodução sexual ou medicamente assistida.

Pois usualmente, nos casos de aborto, a vontade do pai era (é ainda) irrelevante na medida em que se entende que o direito da mulher a não procriar sobreleva o direito do homem a procriar. O mesmo na situação inversa: o direito da mulher a ter o filho vence o direito do homem que porventura não o queira ter, não podendo este forçá-la a um abortamento. Tudo porque, para além do direito a procriar ou não procriar, está em casa o direito à integridade física da mulher e o seu poder de domínio sobre o respectivo corpo, de tal forma que esta particularidade faz irremediavelmente pender a balança a favor da mulher. Por conseguinte, este é a regra quando se trata do des-

⁴³ No ordenamento português, e no que respeita ao dador de sémén, esta solução consta do art. 21.º da Lei 32/2006, e no que respeita à dada de óvulos deduz-se da norma do Código Civil que atribui a maternidade à mulher que der à luz (art. 1796.º/1 CC).

tino de embriões *in utero*, pois a decisão da mãe prevalece sempre, seja no sentido de continuar uma gravidez à revelia do desejo do pai, que a não pode forçar a abortar; seja no sentido de interromper a gravidez, pois a maior parte dos ordenamentos jurídicos não exige o consentimento do pai para a interrupção se consumir

Ora, nenhum destes aspectos se verifica na reprodução *in vitro*, pois os embriões encontram-se (ainda) fora do copo feminino, o que coloca os dois antagonistas em pé de igualdade. De modo que as técnicas reprodutivas vieram introduzir alterações no entendimento do controle sobre o próprio corpo. Ainda assim, não está totalmente excluída uma analogia com o aborto, pois se na reprodução sexual se entende que a mulher não deve ser forçada a ser mãe contra a sua vontade, também na reprodução assistida o homem não deve ser forçado a ser pai contra a sua vontade. Não obstante, a particularidade de a criança se encontrar dentro do copo materno e, por conseguinte, implicar encargos acrescidos para a mãe, não é despicienda neste contexto, o que explica que quando o embrião se encontra fora do corpo da mulher o interesse na preservação da integridade corporal desta diminui substancialmente de valor⁴⁴.

De modo que, em bom rigor, o critério decisivo para a resolução dos conflitos entre direitos reprodutivos não passa pela avaliação do peso que cada uma das violações dos direitos apresenta para os respectivos titulares, solução esta que ditaria sempre o predomínio do direito à não reprodução. Quando muito, este critério vale no contexto dos embriões *in vitro*, em que o envolvimento de ambas partes é similar. Em contraparti-

⁴⁴ “[W]hen the act of conception takes place outside the woman’s body, it brings about a fundamental change in privacy rights. The woman’s interest in controlling her own body is no longer present ... so there is no longer any reason why she should be the primary decision-maker. Once the privacy interest in bodily integrity is removed from the equation, only the right to become or not to become a genetic parent remain. Here, the parties are on equal terms” (Ellen ALDERMAN, Caroline KENNEDY, *The Right to Privacy*, Vintage Books, New York, 1997, p. 80).

da, reportando-nos ao destino dos embriões *in utero*, e porque o envolvimento físico da mulher é maior (e talvez daqui derive igualmente o maior envolvimento emocional) a decisão cabe-lhe a ela, seja em sentido for.

11. SOLUÇÃO PROPUGNADA PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE VONTADE

Face a todas estas considerações, e tendo em conta a análise das várias disposições legais existentes, bem como da jurisprudência mais relevante na matéria, esboçámos uma fórmula resolutiva para estas disputas salomónicas de vontade, a qual se traduz nas premissas que se seguem.

Se ambos beneficiários das técnicas reprodutivas desejam os embriões deverá ser-lhes concedido poder partilhado sobre eles, que juridicamente se situa algures entre o poder paternal e o direito de propriedade, e que à falta de melhor designação, intitulemos de dever de cuidado.

O maior problema coloca-se quando as vontades divergem e um deles pretende a implantação ao passo que o outro a recusa. Não nos satisfaz a atribuição sistemática dos embriões à parte feminina, com o argumento de que o seu envolvimento no processo reprodutivo é maior. Embora de facto a extracção de ovócitos seja mais dolorosa, e inclusive perigosa, do que a extracção de sémen, aquele argumento só faz sentido quando o embrião já se encontra no corpo da mulher⁴⁵. Tratando-se de embriões *in vitro* a preservação da integridade física de ambos assume o mesmo valor, pelo que a diferença radicar-se-á no peso concreto dos respectivos direitos reprodutivos, optando por uma solução assente nas seguintes considerações:

a) Existindo conflitos de intenções entre os beneficiários

⁴⁵ Assim se explica que a maior parte das leis prescindia do consentimento masculino para proceder à interrupção voluntária da gravidez, e que leis que impunham tal consentimento tivessem sido declaradas inconstitucionais (caso *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52, 96 S. Ct. 2831, 49 L. Ed. 2d 788, 1976).

das técnicas haverá que recorrer a acordos prévios estabelecidos entre as partes. E nem se diga que em matéria de estatuto pessoal não pode haver contratos vinculativos, pois o matrimónio é, afinal, um contrato que vincula as partes e que lhes impõe certos deveres, cuja violação acarreta algumas sanções de direito civil. Logo, na presença de um acordo prévio deve este ser tomado como válido (desde que não existam dúvidas quanto ao carácter livre e esclarecido das vontades nele plasmadas) e, por conseguinte, respeitado. Alguns tribunais têm ignorado o conteúdo destes acordos na pressuposição de que a sua validade dependeria da manutenção das circunstâncias existentes quando foram assinados, no caso, a preservação do casamento. Mas tal como não é permitido interromper gravidezes nem desenvolver as crianças adoptadas simplesmente porque a situação se altera, também aqui esse factor não deve ter peso decisivo.

A tendência hoje em dia, sobretudo nas clínicas norte-americanas, vai no sentido de exigir um ajuste prévio entre as partes, que funcione como directiva antecipada para as clínicas e paralelamente permita resolver de antemão eventuais litígios⁴⁶, no seguimento de uma orientação que hodiernamente domina diversas situações de determinação da filiação, designada de “parenthood by contract”, para exprimir a atribuição de laços de filiação àqueles que previamente se comprometeram por contrato a assumi-los (pais contratantes ou sociais) e, ao invés, a negar esses laços aos que mediante esse contrato abdicaram deles (dadores de gâmetas, mães de substituição)⁴⁷;

⁴⁶ O professor Robertson defende igualmente a eficácia vinculativa destes acordos, ainda que as circunstâncias se alterem, e funda esta sua opinião na autonomia reprodutiva das partes, na maior conveniência e celeridade dos serviços, e na redução dos custos litigiosos. John ROBERTSON, “Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos”, *Ohio State Law Journal*, 51, 1990, p. 407 ss.

Já na decisão *Davis* o tribunal afirmara que, caso tivesse sido estabelecido um acordo, ele deveria ser respeitado, embora ressalvasse eventuais modificações de circunstâncias.

⁴⁷ Note-se porém que a analogia não é total, pois enquanto nos contratos de “parenthood by contract” o que se discute é a quem será reconhecido o estatuto jurídico de

b) Na ausência de tais acordos, resta ponderar o relevo do desejo de cada uma das partes em usar ou não os embriões, sendo que nesta sede dar-se-á em regra prevalência ao direito à não reprodução, sobretudo quando a vontade da contraparte em utilizar os embriões for no sentido da sua doação a terceiras pessoas. O argumento no sentido de que os embriões devem ser implantados porque essa é a única forma de preservar a sua vida não é suficientemente ponderoso, uma vez que o embrião não goza ainda de um direito à vida, mas apenas, e quando muito, de um interesse à vida (outros autores nem isso lhe reconhecem, limitando-se a considerar a vida embrionária um valor jurídico-constitucional, posição esta com a qual tendemos a concordar), incapaz de se sobrepor ao direito à não reprodução dos pais biológicos, uma vez que se trata de um interesse bastante débil na medida em que se trata de um embrião *in vitro*, ainda não implantado;

c) Não obstante tudo o que ficou dito, entendemos que se a parte (homem ou mulher) que deseja utilizar o embrião não dispõe de outra forma de se reproduzir, então deverá ser dada prevalência ao seu direito à reprodução, porque o projecto reprodutivo inicial – materializado na disposição dos gâmetas e subsequente fertilização – contou com o apoio de ambas partes, mesmo daquela que agora se recusa à implantação. Foram criadas legítimas expectativas que agora não podem ser frustradas por uma mudança de vontade que desemboca na desresponsabilização. Se a contraparte não deseja participar na vida da criança não lhe serão pedidas responsabilidades jurídicas (é inclusive pensável que a declaração de filiação não refira a sua identidade, como se de um mero dador de gâmetas se tratasse, embora nos inclinemos para a inclusão da sua identificação no registo de nascimento) mas parece-nos que não poderá impedir

pai ou de mãe, no contratos relativos ao futuro dos embriões criopreservados o ponto da discórdia é decidir se os embriões serão ou não implantados, logo, se vivem ou não.

a outra parte de exercer o seu direito à reprodução. Afinal, também o rei Salomão optou por devolver a criança à mulher que mais a desejava ao invés de simplesmente a cortar ao meio⁴⁸.



⁴⁸ Sabedoria de Salomão - Então duas prostitutas apresentaram-se diante do rei. Uma delas disse-lhe: «Por favor, meu senhor, eu e esta mulher moramos na mesma casa, e eu dei à luz um filho, estando ela em casa. Três dias após o meu parto, ela também deu à luz. Vivíamos juntas, sem que mais ninguém morasse ali; só lá estávamos nós as duas. Numa noite o filho desta mulher morreu, abafado por ela, que dormia sobre ele. Em plena noite ela levantou-se, enquanto a tua serva dormia, tomou de junto de mim o meu filho e deitou-o a seu lado; o seu filho, o morto, passou-o para junto de mim. Ao levantar-me de manhã para dar de mamar ao meu filho dei com ele morto. Quando se fez dia, examinando bem, vi que aquele não era o meu filho.» A outra disse-lhe: «Não é assim; o meu filho é o que está vivo; o morto é que é o teu.» Aquela, por sua vez, dizia: «Não! O teu filho é o morto; o vivo é que é meu.» Assim falavam elas diante do rei. O rei disse então: «Esta diz: 'O meu filho é o vivo; o morto é teu.' Aquela, por sua vez, diz: 'Não! O teu filho é o morto; o vivo é que é o meu.'»

Salomão ordenou: «Trazei-me uma espada.» E trouxeram uma espada ao rei. Disse: «Cortai o menino vivo em dois e dai a cada uma a sua metade.» Então a mãe, a quem pertencia o filho vivo, e cujas entranhas, por causa do filho, estavam comovidas, disse ao rei: «Por favor, meu senhor, dai-lhe a ela o menino vivo! Não o mateis!» A outra, pelo contrário, dizia: «Cortai-o em dois! Assim, nem será para mim nem para ti!» Foi então que o rei tomou a palavra e disse: «Dai o menino vivo à primeira; não o mateis; ela é que é a sua mãe.»

Em todo o Israel se ouviu a sentença proferida pelo rei e todos o temiam, pois viram que havia nele uma sabedoria divina para fazer justiça.