

REPRODUÇÃO: COM E SEM SEXO

(O DIREITO A TER FILHOS MEDIANTE O USO DE TÉCNICAS REPRODUTIVAS E PROCEDIMENTOS MÉDICOS CONEXOS)

Vera Lúcia Raposo,

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Desde a segunda metade do século passado que o conceito de “direitos reprodutivos” ganhou raízes no mundo ocidental, primeiro como o direito de não ter um filho (direito à não reprodução), mais tarde como o direito de ter um filho (direito à reprodução), nomeadamente através da utilização das técnicas reprodutivas, o tema do presente estudo.

No entanto, quer a fundamentação jurídica deste direito quer o seu exacto conteúdo estão ainda sob discussão.

O fundamento jurídico do direito à reprodução não está devidamente identificado porque até hoje essa figura não é expressamente reconhecido na maior parte das Constituições (sendo a Lei Básica de Macau uma das excepções) ou Declarações de Direitos, o que tem levado à alegação de que a aspiração reprodutiva não configura um verdadeiro direito, mas apenas um capricho fútil. No entanto, é na verdade um direito não escrito, imanente ao conteúdo dos direitos expressamente reconhecidos.

No que respeita ao conteúdo do direito à reprodução mediante técnicas de reprodução assistida as principais questões envolvidas dizem respeito ao acesso a estas técnicas, à reprodução *post-mortem*, à doação de gâmetas e embriões, aos contratos de gestação, à selecção de características da prole, ao diagnóstico genético pré-implantatório e ao destino dos embriões excedentários. O critério do melhor interesse da criança deve ser o único orientador das soluções legais relativas às questões mencionadas; no entanto, este critério não pode ser interpretado de uma forma moralista, mas de acordo com a moderna teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos; técnicas de reprodução assistida;

doação de gâmetas; anonimato; gestação de substituição.

Os procedimentos médicos relacionados com as técnicas de procriação medicante assistida (PMA) têm conhecido nos últimos anos espantosos desenvolvimentos, que permitiram rupturas drásticas na forma como o ser humano se compreende a si mesmo e como se relaciona com os outros. Se desde o ecoar dos tempos a reprodução exigia um contacto sexual entre pessoas de sexo distinto e em idade fértil, nos tempos actuais ultrapassou-se o limite da idade, do género e mesmo o da actividade sexual. A grande revolução corrida nas relações humanas que veio permitir ter sexo sem filhos foi ultrapassada por uma revolução ainda maior: ter filhos sem sexo. Estes filhos podem não ter com os progenitores qualquer laço genético (caso típico na doação de gâmetas), podem nascer após a sua morte (reprodução *post-mortem*) e mesmo ser gerados fora do útero materno (como sucede nos contractos de gestação), contudo, aos olhos da lei são ainda assim ser considerados “filhos”.

Mas este não é o final dos tempos e já novas revolução se avizinham, nomeadamente a possibilidade de escolher características da descendência, umas eventualmente fúteis (cor de olhos ou de cabelo), outras decisivas para a sobrevivência da espécie humana (como sejam a condição de saúde), outras ainda profundamente discutíveis (o caso do género).

Este breve estudo irá analisar criticamente algumas das principais “revoluções” trazidas pelas técnicas de PMA, procurando apresentar o seu actual enquadramento jurídico em Portugal e em Macau e eventualmente sugerindo um outro enquadramento de iure constituindo.

1. Será a reprodução um autêntico direito fundamental?

O desejo de procriar traduz uma das mais ancestrais aspirações da humanidade, um misto de instinto e cultura¹. Ora, há quem entenda que o uso das técnicas de PMA resulta de um capricho humano, de uma teimosa que nos leva a afrontar a mãe-natureza e os impedimentos que esta nos impôs à reprodução, pelo que não pode aspirar à tutela legal, muitos menos a título de direito fundamental².

1 Se possível esses filhos deverão ter connosco uma ligação genética, mas se tal não for concretizável ao menos que exista uma aparência de ligação genética, o que é permitido por via de procedimentos como a doação de gâmetas e a gestação de substituição.

2 Remetendo a reprodução para a categoria dos meros desejos, Ruth Deech, “Losing Control? – Some Cases”, in *Biomedicine, the Family and Human Rights*, (eds. Marie-Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech, Paul Vlaardingerbroek), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pp. 593 ss. e Javier Gafo, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, pp. 54 ss.

A tese de que as decisões relativas à reprodução devem ser tomadas livremente pelo indivíduo, sem intromissões do Estado, começou por ser afirmada pelos tribunais norte-americanos no início do século passado³. Porém, boa parte dessas decisões dizem respeito à dimensão negativa do direito à reprodução, isto é, à liberdade de não ter filhos (uso de contraceptivos, aborto); ao passo que as decisões relativas à dimensão positiva do direito à reprodução - o direito a ter filhos - praticamente se restringem à condenação de esterilizações forçadas. Ainda assim, das referidas decisões resulta uma ideia nuclear, perfeitamente transponível para a presente discussão: as matérias relativas à reprodução devem caber na inteira disponibilidade de cada um, não podendo o Estado intrometer-se para além do estritamente necessário para proteger direitos de outras pessoas ou acautelar valores fundamentais da comunidade, tal como de resto sucede com qualquer outro direito. Esta tese deve valer seja para a decisão de não ter filhos, seja para a decisão de os ter, e, neste último caso, quer a procriação resulte de acto sexual quer resulte de procedimento médico⁴.

Esta mesma ideia foi afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo et al (“In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica*, no âmbito do qual a Corte foi chamada a pronunciar-se sobre a proibição de recorrer a processos de fertilização in vitro (FIV) vigente na Costa Rica desde 2000. De acordo com um dos mais altos tribunais internacionais de direitos humanos, uma tal proibição viola um leque de direitos humanos, desde o direito à vida privada e familiar e o direito de formar família até ao direito à não discriminação por questões de saúde, meios financeiros ou género⁵.

É certo que o reconhecimento do direito a ter filhos como um genuíno

3 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

4 Justificando porque motivo deve a reprodução ser considerada um direito e, mais do que isso, um direito fundamental veja-se, da autora, Vera Lúcia Raposo, Direitos Reprodutivos” *Lex Medicinæ*, n. 3, 2005, pp. 111-131; “In the Borderline of Human Reproduction”, in *Droit de la Santé Publique dans un Contexte Transnational / Public Health law in a Transnational Context* (Anne-Marie Duguet coord.) Les Études Hospitalières Éditions, Bordeaux, 2010a, pp. 135-154; *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 108 ff. e bibliografia aí citada.

5 Caso *Artavia Murillo et al (“In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica*, Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, decisão de 28 de Novembro de 2012. Comentando esta decisão, I. Brena, “Ruling of the Inter-American Court of Human Rights, the Case of Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica; New Hopes for the Reproductive Freedom in Latin America”, *Rev Derecho Genoma Hum.*, 38, 2013, pp. 149-66 e Fernando Zegers-Hochschild, Bernard M. Dickens e Sandra Dughman Manzur, “Human Rights To In Vitro Fertilization”, *JBRA Assisted Reproduction*, 18(1), 2014, pp. 27-31.

direito fundamental parece fragilizado pela ausência, em muitas ordens jurídicas, de norma expressa do texto constitucional que assim o proclame. Porém, este aparente obstáculo é facilmente contornável à luz do moderno entendimento da interpretação constitucional como uma tarefa dinâmica e aberta⁶, que não se basta com os direitos expressa e textualmente reconhecidos nos textos das Constituições, mas vai além das palavras em busca de direitos decorrentes e de direitos implícitos⁷, ou de direito na penumbra e na sombra⁸.

Em muitos ordenamentos jurídicos cabe à privacidade funcionar como fundamento jurídico do direito à reprodução, isto é, o direito no qual aquele outro está implícito. Porém, este entendimento, válido para a *privacy* do direito anglo-saxónico, soçobra no contexto do direito europeu continental, família jurídica da qual o sistema legal da RAEM faz parte, dado que entre nós o entendimento da reserva da vida privada revela-se bastante mais restrito, circunscrevendo-se a uma ideia de anonimato e de controlo da informação pessoal⁹. É neste sentido que nos parece que deve ser entendido o artigo 30, 2.º paragrafo da Lei Básica da RAEM (LB).

Resta-nos dois fortes candidatos a fundamento constitucional da liberdade reprodutiva e do direito à reprodução: o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir familiar¹⁰. Quanto ao primeiro, sublinhe-se que não consta da actual LB nem nos parece que se possa aceitar como parte do acervo constitucional do território com base no princípio da continuidade do ordenamento jurídico¹¹. Contudo, no caso de Macau a ausência deste direito não

6 Descrevendo a moderna interpretação constitucional, Raposo, 2014, pp. 193-211.

7 Seguimos aqui a terminologia avançada pelo prof. Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4.º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, pp. 97 ss.).

8 Referimo-nos à célebre teoria dos *penumbra rights*, avançada pela doutrina e pelos tribunais norte-americanos. Vide Lawrence Tribe, Michael Dorf, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass./London, 1991, pp. 50 ss. e Ronald Dworkin, "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled?", in *Bill of Rights in the Modern State* (Geoffrey Stone, Richard Epstein, Cass Sunstein eds.), The University of Chicago Press, Chicago and London, 1992, pp. 387 ss.

9 Paulo Mota Pinto, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, p. 508 (sendo certo que a interpretação avançada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e que tem igualmente vindo a ser acolhida em algumas ordens jurídicas de direito europeu continental acaba por se aproximar bastante do entendimento dominante no direito da *common law*).

10 Uma outra possibilidade consistiria em fundamentar o direito à reprodução no direito à saúde; porém, pelos motivos expostos em Raposo, 2014, pp. 317 ss., não nos parece ser este um fundamento convincente.

11 Sobre este princípio, Jorge Costa Oliveira, "A Continuidade do Ordenamento Jurídico de Macau na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial", *Administração*, n.º19/20, vol. VI,

frustra o reconhecimento do direito à reprodução, não apenas porque se prevê um direito a constituir familiar mas, e sobretudo, porque a LB expressamente afirma a livre procriação dos residentes de Macau (artigo 38, 1.º paragrafo, LB), sem vincular a reprodução ao estado civil da pessoa e ao método seguido para procriar. Trata-se de uma afirmação singular no plano do direito comparado, que se justifica pelas particularidades jurídico-políticas próprias do território e pela necessidade de afirmar a não submissão dos residentes à política do filho único imposta pela República Popular da China até muito recentemente¹².

Face a este quadro legal, e tendo em consideração o papel que a reprodução desempenha para a espécie humana, para a sua realização como pessoa e para a sua relação com os outros, e ainda pela sua íntima relação com a dignidade humana, não poderá deixar de se lhe reconhecer o estatuto de direito fundamental na RAEM.

2. Acesso às técnicas de PMA

Boa parte dos regimes jurídicos restringe o acesso às técnicas de PMA a pessoas com certas qualidades, no que respeita à idade (não apenas limites mínimos, mas igualmente limites máximos), ao estado civil (em regra apenas pessoas casadas ou pelo menos em união de facto), à orientação sexual (mesmo tratando-se de pessoas legalmente casadas, pode o acesso à PMA ser proibido quando se trate de casamento do mesmo sexo, como sucede em Portugal¹³), e à motivação que justifica o uso da PMA (em regra apenas se admitindo a infertilidade e eventualmente o risco de transmissão de doença). Fácil é concluir que muitas destas restrições tornam-se difíceis de justificar face a um direito fundamental, como é o direito à reprodução.

A restrição relativa ao estado civil e à orientação sexual pretende encontrar justificação na concepção tradicional de família (matrimónio heterossexual) e na forma clássica de reprodução (coito, necessariamente entre pessoas de sexo oposto), que assim a PMA procuraria replicar. Contudo, este modelo tradicional de família já pouca correspondência encontra na sociedade complexa e multifacetada

1993-1.º e 2.º, pp. 21-60 e Miguel Manero de Lemos, “Análise da Proposta de Introdução de Dois Novos Crimes Sexuais: Prostituição de Menor e Pornografia de Menor”, *Seminário sobre a Revisão do Código Penal — Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 03 de Junho de 2016.

12 Sobre o fim desta política, Virginie Mangin, “End of an Era as China Scraps One-Child Policy; Historic Change but Economists Doubt New Policy will Quickly Redress Population Imbalance”, *The Business Times Singapore*, October 30, 2015.

13 Sobre esta incongruência da lei portuguesa, Vera Lúcia Raposo, “Crónica de um Casamento Anunciado”, *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 120, 2010b, pp. 157-190.

de hoje em dia. Numa mundo em que a família nos surge de todas as cores, forma e feitios, parece que a lei quer copiar quilo que na verdade já não existe.

Outro argumento por vezes avançado para impor restrições ao uso da PMA funda-se no melhor interesse do futuro filho, na pressuposição de que existe um único modelo certo de família onde a criança possa crescer e ser amada, mito este mais uma vez desmentido pela realidade e pela emergência de novas formações familiares¹⁴.

Na verdade, a proliferação de famílias monoparentais tem levado ao reconhecimento do aceso de pessoas singulares à PMA¹⁵ (essencialmente mulheres, dado que no caso dos homens tal implicaria autorizar a gestação de substituição, o que levanta problemas acrescidos) e às uniões do mesmo sexo¹⁶.

É certo que muitas leis continuam a adoptar posições proibitivas, mas não vemos em que fundamento constitucional (porque só este releva, e não a moral ou a religião) se arvoram. Se a titularidade de direitos é universal, então, toda a pessoa é titular do direito à reprodução; sendo este um direito fundamental qualquer limitação ao seu exercício carece sempre de uma justificação constitucional bastante. Uma vez que não está provado que famílias monoparentais ou famílias de base homossexual violem os direitos de alguém (o que é diferente de ferir sensibilidades de alguém), nem mesmo da criança, semelhante restrição é infundamentada, logo, ilegítima.

No plano europeu as regulações mais abertas neste domínio são,

14 Quanto às “novas famílias”, Amanda K. Baumle, D’Lane R. Compton, *Legalizing LGBT Families - How the Law Shapes Parenthood*. New York, NYU Press: 2015 e Vera Lúcia Raposo, “The True Colours of Reproductive Rights, Especially in the Context of Rainbow Families”, in *Aspects Légaux et Éthiques du Commencement de la Vie / Legal and Ethical Aspects Regarding the Beginning of Life* (Anne Marie Duguet coord.), Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2015, pp. 123-138.

15 Advogando o direito das pessoas singulares acederem à PMA, Yolanda Gomez Sanchez, *El Derecho a la Reproducción Humana*, Marcial Pons, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 129; Vera Lúcia Raposo, “Em Nome do Pai (...E da Mãe, e de Dois Pais, e de Duas Mães) – Análise do Art. 6.º da Lei 32/2006”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 7, 2007, pp. 37-51; Raposo, 2010c; Raposo, 2014, pp. 659 ss.; Raposo, 2015, pp. 123-138.

Em sentido contrário, fundando-se num suposto direito à dupla parentalidade, Francesco D’Agostino, *Bioética, Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 1998, pp. 124 ss.

16 Sobre a irrelevância da orientação sexual para a parentalidade, Raposo, 2010b e Vera Lúcia Raposo, “Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade”, in *Familia, Consciência, Secularismo e Religião* (Centro de Direito da Família e Iuris Gentium Conimbrigae ed.). Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010c, pp. 61-86.

Advogando a proibição do uso da PMA com base na orientação sexual, Ramón Herrera Campos, *La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española*, Universidad de Granada, Granada, 1991, p. 60.

presentemente, as dos países nórdicos, do Reino Unido e de Espanha. Portugal - Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho - começou por adoptar uma regime moderadamente restritivo, apenas admitindo o acesso à PMA de pessoas casadas ou em união de facto, desde que de sexo oposto¹⁷. Contudo, em 2016 a norma do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006 foi alterada e hoje permite que “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual” recorram à PMA. Estranhamente, e apesar de o casamento do mesmo sexo ser válido em Portugal desde 2010 (Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio), o referido artigo 6.º, que admite o acesso de pessoas casadas, continua a ser interpretando como apenas se aplicando a casais de sexo oposto, não obstante tal restrição não constar da Lei n.º 32/2006, nem tão-pouco da Lei n.º 9/2010¹⁸.

No caso de Macau a única conclusão possível é aceitar que qualquer pessoa pode usar a PMA. De facto, na ausência de regulamentação expressa que o proíba e seguindo o princípio jurídico básico de que qualquer restrição a direitos deve (entre outros requisitos) constar de lei expressa, não vemos como proibir qualquer mulher de usar a PMA, casada ou não, e mesmo que viva em união com pessoa do mesmo sexo, ainda que esta não seja reconhecida em Macau (no caso dos homens é mais problemático, dado que sempre careceriam de um útero externo e os contratos de gestação são expressamente proibidos pelo artigo 1726.º do Código Civil, CC).

3. A doação de gâmetas

A chamada doação de gâmetas refere-se à cedência - em regra onerosa - de células reprodutivas com vista a serem utilizadas por terceiros para fins reprodutivos. Já se vê que pouco caracteriza este negócio jurídico como doação, dado que em regra lhe falta a característica basilar da gratuitidade. Porém, esta foi a expressão que se sedimentou no mundo jurídico para a designar, com base no entendimento de que a quantia monetária recebida pelo dador não é um pagamento, mas sim uma compensação pelos incómodos. Esta é a única forma de compatibilizar tal “compensação” com a regra, presente em muitas norma internas e em diplomas internacionais, de que o ser humano não pode auferir lucros derivados do seu corpo, seus elementos, células e

17 Esta ressalva constava da norma desde o início da sua vigência, dado que já nessa altura Portugal reconhecia uniões de facto do mesmo sexo, mas não do casamento, à data restrito a pessoas do sexo oposto.

18 Sobre esta incongruência Raposo, 2010b.

fluidos¹⁹. É óbvio que este entendimento não passa de uma forma de camuflar a realidade: as pessoas auferem efectivamente lucros derivados do seu corpo, como o atesta o valor de algumas “compensações”, sobretudo no caso de ovócitos, e é inclusivamente comprovado pelo facto de na sociedade actual se admitirem lucros derivados da venda de partes do corpo (leite materno²⁰, cabelos²¹) e inclusivamente lucros auferidos pela imagem, que, na verdade, é... uma imagem do corpo²².

4. Determinação da parentalidade

O uso de gâmetas de terceiros suscita a questão de saber se estes devem ser considerados progenitores legais da criança, se devem estar envolvidos na sua vida ou, sequer, se é possível conhecer a sua identidade.

A parentalidade dos dadores é comumente afastada pela lei, inclusive em Macau (artigo 1723.º CC). Ou seja, os beneficiários das técnicas serão sempre o pai e a mãe legais, ainda que não apresentem uma ligação genética com a criança. Nomeadamente, não pode o homem aceitar que a sua mulher recorra a esperma de terceiro e depois, num autêntico *venire contra factum proprio*, rejeitar a sua paternidade (artigos 1724.º e.º do CC).

De facto, a regra de que o ADN determina a parentalidade não faz parte do ordenamento jurídico (porventura nunca fez) e mesmo para além da doação de gâmetas o direito da família sempre conferiu lastro jurídico a relações parentais não fundadas no biologismo (perfilhação e adopção, por exemplo). Logo, ao lado da parentalidade genética é possível falar em parentalidade emocional – referente àquele que deseja para si a criança, para a amar e educar -, a qual assume cada vez prevalência jurídica.

Porém, a recusa da parentalidade dos dadores de gâmetas - que defendemos

19 Artigo 21.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina; artigo 3.º/2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 4.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

20 Jon Street, “Women Are Selling Their Breast Milk for Incredible Sums of Money”, *The Blaze*, Jul. 7, 2015, at <http://www.theblaze.com/stories/2015/07/07/women-are-selling-their-breast-milk-for-incredible-sums-of-money/>

21 Erin Huffstetler, “How to Sell Your Hair for Cash”, *The Balance*, July 20, 2016, at <https://www.thebalance.com/how-to-sell-your-hair-for-cash-1388967>

22 Sobre o lucro e o corpo humano, Vera Lúcia Raposo, “O Corpo Humano, a “Nova Galinha dos Ovos de Ouro”, *Lex Medicinæ*, ano 8, n.º 15, 2011, pp. 47-64. Em particular sobre o caso dos gâmetas, Vera Lúcia Raposo, “Vende-se Gâmeta em Bom Estado de Conservação – O Obscuro Mercado das Células Reprodutivas”, *Lex Medicinæ*, ano 6, n.º 12, 2009, pp. 47-74.

- não deve implicar que a criança fique impedida de conhecer as particularidades do seu nascimento e até mesmo a identidade do dador. Desde sempre temos defendido que a responsabilidade reprodutiva, que justifica e limita o uso das técnicas de PMA, implica aceitar algumas intromissões na esfera de privacidade familiar. Algumas dessas intromissões exigem o reconhecimento da participação de terceiros - como sejam os dadores – na vida familiar, nomeadamente a possibilidade de a criança conhecer a identidade do dador²³. Mais do que uma opinião pessoal, trata-se na realidade de um mandamento constitucional em alguns países, como Portugal, que consagram o direito à identidade genética e à identidade pessoal. A suposta preservação da incolumidade familiar face à eventual perturbação causada pela intromissão do dador na família não pode prevalecer sobre o direito da criança conhecer a sua história pessoal. De resto este direito tem sido paulatinamente reconhecido no que respeita à adoção e resulta igualmente das normas que permitem a investigação da paternidade ou da maternidade a todo o momento (artigos 1677.º/1 e 1722.º do CC). Esta solução não pretende elevar a biologia acima dos afectos (até porque a recusa da parentalidade dos dadores é um dado assente), mas tão só reconhecer que a identificação da origem genética é relevante para a espécie humana.

No caso de Macau a lei afasta a parentalidade dos dadores (artigo 1723.º do CC), como é a regra, mas é totalmente omissa quanto à questão do anonimato, sendo que neste particular nem a regra de que o “não proibido é permitido” permite deduzir uma solução. Por conseguinte, incitamos o legislador a tomar uma posição a este respeito, preferencialmente seguindo a mais moderna tendência de reconhecer o direito da criança ao conhecimento da sua origem biológica.

A situação mais complexa de determinação da parentalidade ocorre nos contratos de gestação, onde nos poderemos deparar com três candidatas a “mãe legal”: a mulher contratante (mãe emocional), a gestante de substituição (mãe gestacional) e a dadora de ovócitos (mãe genética). À luz da lei existente na maior parte dos ordenamentos, incluindo o da RAEM, aquele que dá à luz (no caso, a gestante de substituição) é considerada a mãe legal (artigo 1657.º/1 CC), com base no dogma de que o parto determina a maternidade, porque de facto tempos houve em que o parto indicava sem erro a ligação genética. Porém, o progressivo avanço das técnicas médicas e o concomitante reconhecimento legal dos contratos de gestação têm levado alguns ordenamentos jurídicos a incluir uma ressalva, segundo a qual havendo um contrato de gestação legalmente válido não será o parto, mas o contrato, a determinar a maternidade legal²⁴. Um

23 Raposo, 2014, pp. 792 ss.

24 Defendendo esta solução, Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005 e Raposo, 2014, pp. 1072 ss.

dos países que recentemente seguiu esta via foi Portugal, por força da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que veio admitir, ainda que em termos assaz estritos, alguns contratos de gestação.

5. Reprodução *post-mortem*

A reprodução *post-mortem* refere-se ao uso de gâmetas de pessoa entretanto falecida (inseminação ou FIV *post-mortem*) e à transferência uterina de embriões após o falecimento do pai (transferência uterina *post-mortem*).

Trata-se de uma prática permitida em várias leis, ainda que dentro de certos requisitos²⁵. No caso da lei portuguesa, proíbe-se a criação *post-mortem* de embriões, mas admite-se a sua transferência uterina *post-mortem*, desde que fundada num escrito prévio do pai (artigo 22.º da Lei n.º 32/2006), porventura com base no ideia de que, embora repugne ao legislador o nascimento da criança numa família onde à partida se sabe da inexistência do pai, esta solução é um “mal” aceite para evitar a destruição de embriões já criados²⁶. Contudo, a premissa base deste raciocínio – o repúdio de famílias monoparentais – claudica face à sociedade actual e inclusivamente face ao recente reconhecimento, pela Lei n.º 32/2006, de que mulheres singulares podem aceder à PMA, o que deveria levar à reformulação daquela proibição legal²⁷.

Apesar das proibições vigentes na lei portuguesa no que respeita à reprodução *post-mortem*, aceita-se que a criança nascida em contra desta proibição beneficie de direitos sucessórios sem qualquer limite temporal (artigo 23.º/1 da Lei n.º 32/2006). Esta aceitação da sucessão a todo o tempo é especialmente perigosa, dado que permite a qualquer altura alterar partilhas e sucessões aparentemente já consolidadas. Daí que as leis que admitem a reprodução *post-mortem* tendam a limitar o uso deste procedimento a um prazo delimitado, o que obviamente permite controlar as suas eventuais consequências

25 O quadro geral desta prática em Vera Lúcia Raposo e Eduardo Dantas, “Legal Aspects of Post-Mortem Reproduction: a Comparative Perspective of French, Brazilian and Portuguese Legal Systems”, *Med Law*. 31(2), 2012, pp. 181-98.

26 A defesa desta solução para os casos de morte feminina resulta mais complexo do que para os casos de morte masculina, dado que o uso dos ovócitos pelo progenitor vivo sempre careceria de uma gestante de substituição, a não ser que os pretendesse usar com a sua nova companheira. Contudo, além da estranheza que este último cenário pode suscitar, coloca-se igualmente o problema do consentimento da mulher entretanto falecida, já não apenas para o uso *post-mortem* dos seus gâmetas mas, mais do que isso, para o seu uso por parte da nova companheira do ex-companheiro.

27 A favor da reprodução *post-mortem*, Raposo e Dantas, 2012; John Robertson, “Posthumous Reproduction”, *Indiana Law Journal*, 69, 1994, pp. 1027-1065.

sucessórias.

Na verdade, o problema suscitado pela criação *post-mortem* de embriões não é, segundo cremos, a inexistência *ab initio* de um pai, tanto mais que não existe um suposto direito à biparentalidade²⁸, mas sim o risco de usar os gâmetas da pessoa contra a sua vontade. Contudo, este entrave será resolvido mediante a exigência de documento legal (ou de outro meio de prova credível) no qual a pessoa autorize o uso dos gâmetas após a sua morte, como de resto é acautelado na lei portuguesa, ao exigir “um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai” como requisito da transferência embrionária *post-mortem*.

A solução vigente em Macau é curiosa: a única norma que refere esta prática é o artigo 1728.º do CC que, embora não proíba a reprodução *post-mortem* em nenhuma das suas formas, afasta a existência de uma relação de filiação “quando tenha sido utilizado material genético de uma pessoa morta”, recusando assim qualquer efeito sucessório. Porém, não é claro se esta proibição de filiação apenas se aplica a embriões gerados com gâmetas de pessoa já falecida ou também à transferência de embriões gerados com gâmetas de pessoa entretanto falecida.

6. A selecção de embriões

A selecção de embriões resulta da possibilidade de escolher que embriões transferir para o útero, quando nem todos possam ser transferidos. De facto, no âmbito da FIV é praticamente impossível evitar a criação de um número de embriões que exceda o número daqueles que irão efectivamente ser transferidos. Esta particularidade resulta das vicissitudes da reprodução humana, nomeadamente da sua alta taxa de insucesso²⁹. Assim, após um processo de FIV a equipa confronta-se com a necessidade de excluir alguns embriões da transferência, os chamados embriões supranumerários, que em regra irão ser criopreservados para futuros usos por parte dos beneficiários das técnicas, mas que também poderão vir a ser doados a terceiros, usados em investigação científica, destruídos ou deixados perecer naturalmente³⁰. Se assim é, qual o critério de selecção dos embriões que serão efectivamente transferidos?

28 Explicando os argumentos que justificam a inexistência deste direito, Raposo, 2014, pp. 674-676.

29 Explicando a inevitabilidade de embriões supranumerários, Raposo, 2014, pp. 428 ss.

30 Sobre os possíveis destinos dos embriões excedentários, Vera Lúcia Raposo, “Embriões, investigação embrionária e células estaminais”, *Lex Medicinæ*, n.º 18, ano 9, 2012, pp. 47-70 e Raposo, 2014, pp. 430 ss.

Certamente que se poderia deixar a escolha ao azar (ou à sorte), mas esta solução terá que ser afastada face ao risco de assim transferir exactamente aqueles embriões que menos possibilidade apresentam de desenvolvimento e que irão ser naturalmente destruídos pelo corpo; ou então de embriões que nascerão vítimas de doenças e malformações graves. O destino, as estrelas, a natureza, não podem impor o nascimento de pessoas com doenças gravíssimas e que se depararão com vidas de dor e de sofrimento, especialmente quando tal pudesse ser evitado mediante um diagnóstico pré-natal realizado aos embriões *in vitro*, designado diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI)³¹. Trata-se de analisar uma célula de cada embrião, o blastómero, e assim identificar os embriões saudáveis³² e, de entre estes, os mais aptos para o desenvolvimento.

Esta prática – a melhoria do *pool* genético da humanidade, no caso, através do DGPI – pode ser incluída no conceito actual de eugenia³³, porém, para tal este conceito deveria perder o sentido pejorativo que tradicionalmente lhe anda associado³⁴. Na verdade, não me parece que o termo “eugenismo” seja o mais apropriado para descrever um procedimento médico que visa o respeito pela espécie humana e a protecção das futuras pessoas a nascer.

Porém, abre-se aqui uma caixa de Pandora. Não basta assentar na exclusão de embriões doentes, há que definir que tipo de patologias são excludentes: apenas as incuráveis, ou também as curáveis? Qual o resultado a evitar: a morte muito precoce, a diminuição da esperança da vida, a dor, as limitações na existência diária? E se existir apenas uma predisposição para a patologia? E se o embrião em si não sofrer da doença, mas a puder transmitir à descendência³⁵?

Pode-se igualmente questionar-se por outros possíveis critérios da selecção poderiam ser usados, a par da condição de saúde. O embrião com determinada cor de olhos ou de cabelo? E se for com determinada cor de pele, característica historicamente menos neutra? E que dizer de um embrião de determinado sexo, sabendo que em certos quadrantes culturais as meninas são

31 Sobre esta técnica, Vera Lúcia Raposo, “Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o Meu Embrião – Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantatório”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 59-84.

32 Aparentemente saudáveis, dado que nunca é possível garantir que o embrião não tem qualquer doença, mas apenas que não padece do leque de patologias rastreadas.

33 Emily Delk, “A Kantian Ethical Analysis of Preimplantation Genetic Diagnosis”, *CedarEthics Online* 12:2, spring, 2013.

34 Também neste sentido, Stephen Wilkinson and Eve Garrard, *Eugenics and the Ethics of Selective Reproduction*. Staffordshire: Keele University, 2013

35 Por questões de tempo e espaço não podemos aprofundar estas matérias, mas remetemos para Raposo, 2007 e Raposo, 2014, pp. 926 ss.

bebés de segunda categoria³⁶?

7. Breve reflexão final

Em tempos que já lá vão a espécie humana contentava-se com os desígnios da natureza e aceitava a infertilidade, a doença e o biologismo como um fado. Não ter filhos ou ter filhos assacados pela doença era um castigo divino. Mesmo quando a divindade saiu da equação manteve-se a ideia de aceitar passivamente o que a genética e a biologia nos ditam. Felizmente a medicina e a técnica tornaram a espécie humana descontente e o “descontentamento é o primeiro passo na evolução de um homem ou de uma nação” (Oscar Wilde).

36 Vera Lúcia Raposo, “Adão e Eva – O Milagre da Selecção de Sexo Embrião”, *Revista de Direito Médico e da Saúde*, ano III, vol. 1, 2007.