

# O Início da Vida

José de Oliveira Ascensão

*Professor catedrático da Universidade de Lisboa*

## 1. DA CONCEPÇÃO (SINGAMIA) AO NASCIMENTO

O início da vida, no seu desenvolvimento natural, cobre um período particularmente delicado do ponto de vista da Bioética. Vai desde o encontro dos gâmetas masculino e feminino com a fusão dos núcleos (a singamia, conseqüente à penetração do espermatozóide no ovócito) até ao nascimento.

Na fase antecedente à singamia, não há ainda uma nova vida humana. Encontramos células, masculinas e femininas, que têm como única função a reprodução, mas não há ainda a matriz biológica duma nova criatura. É só com a fusão dos núcleos das células masculina e feminina que surge um novo genoma, distinto do dos progenitores, diferenciado de todos os existentes e que previsivelmente terá uma réplica no futuro. A nova vida não é assim vida de qualquer dos progenitores, mas uma vida individualizada, ainda que se vá conformando no interior do corpo da mãe. Conduzirá ao nascimento de um novo ser no seu desenvolvimento natural.

Isso não significa que antes da singamia os gâmetas não tenham relevância ético-jurídica. Os gâmetas não são coisas. Como todos os elementos que representam o suporte da vida, *são da ordem das pessoas*, o que se repercute no seu regime jurídico. Assim, é repetidamente acentuada nas convenções internacionais a proibição de *comercialização* de órgãos humanos, de produtos como o sangue e gâmetas, ou do próprio cadáver ou partes deste<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Mesmo após o ato sexual e enquanto a singamia não opera têm relevo jurídico e poderão receber proteção específica; mas essa proteção não se confunde com a proteção da vida humana nascente. Esta só se inicia com a fusão dos núcleos, portanto, com a formação do embrião, diferenciado por um novo genoma.

No outro extremo do processo está o *nascimento completo*. É indispensável que ocorra *com vida*: sem isso não há nascimento, há um processo truncado. Já se não aceita como requisito adicional a *viabilidade*, nem ética nem juridicamente, porque o ser que nasce com vida, mesmo que não tenha condições para viver, é uma pessoa tal qual<sup>2</sup>, merecendo, em consequência, o máximo de proteção como qualquer outra pessoa<sup>3</sup>.

## 2. A PROcriação Medicamente Assistida

Os progressos do conhecimento científico trouxeram a procriação medicamente assistida. Surge nomeadamente a fertilização *in vitro*, que torna possível o nascimento do que se chamou bebês proveta.

Com isto, se prescindem das vias naturais de procriação e se caminha para formas cada vez mais ambiciosas de manipulação da reprodução, como vicissitude laboratorialmente dirigida.

Este ponto merece uma reflexão prévia.

A procriação medicamente assistida é, como o nome indica, um *ato médico*. Supõe, pois, que se depare ainda com uma deficiência do aparelho reprodutor de um ou de ambos os membros do casal, pois é isso que a faz cair no foro médico e lhe dá valia ética. Pelo contrário, se for usada para satisfazer preferências ou desejos que não estejam ligados a quaisquer deficiências, a legitimidade do recurso a práticas de intervenção no processo de reprodução deve ser posta em causa.

---

<sup>2</sup> A *viabilidade* é exigida por Direitos como o espanhol: requer-se que o recém-nascido viva por 24 horas. Mas nem isto contraria o que acabamos de afirmar. Pode a lei apenas regular aspectos civis, particularmente sucessórios, sem em nada pôr em causa a personalidade ôntica do recém-nascido. O Direito pode, se assim se entender, determinar que se não verifica a sucessão em benefício de quem não sobreviver 24 horas sem atingir com isso quaisquer princípios éticos. Mas o recém-nascido é logo plenamente pessoa. Por exemplo, pode ser vítima de homicídio ou tentativa de homicídio nas 24 horas que se seguem ao seu nascimento.

<sup>3</sup> Surgem problemas particulares com o *anencefálico*. A questão foi debatida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. Não será por nós considerada, porque apenas nos ocupa o que respeita à fase inicial da vida. Observamos apenas que a discussão tem assentado em grande parte na *viabilidade* do anencefálico. É uma colocação, a nosso ver, inadequada. A viabilidade aprecia-se nos mesmos termos que no embrião em geral, tal como acabamos de observar. O que é decisivo é determinar se o anencefálico tem uma estrutura física que possa representar o suporte do espírito humano.

O ato de reprodução deve ser colocado sempre perante a *potencialidade de geração dum novo ser*: ou porque é intencionalmente dirigido a tal, no ideal dum ato de amor, ou pelo menos pela aceitação do coito com as conseqüências inerentes. Corresponde, na sua normalidade, a anseios profundos das pessoas, mas a sua dignidade última provém de os intervenientes serem chamados a participar num ato por natureza altruísta de propagação da vida. Os progenitores têm a responsabilidade pelo ser que trouxeram à vida. São colocados numa relação de serviço: os interesses do novo ser têm primazia em relação aos deles.

Esta diretriz ética ilumina-nos desde o primeiro momento e acompanhar-nos-á durante toda a indagação. Por isso, se as técnicas disponíveis passam a ser utilizadas para satisfazer primacial ou exclusivamente interesses dos progenitores, há um desvio de finalidade que inquina o processo.

Por exemplo, se se usarem as técnicas de procriação assistida para obter seres mais louros, mais robustos, mais inteligentes<sup>4</sup>, admitindo que isso se torna possível, inverte-se a ordem natural das coisas: são os interesses dos progenitores que se colocam em primeiro plano e o embrião é instrumentalizado ao serviço destes. Não há o ato de abnegação de aceitar o filho que vier, por este ser o fim e a justificação do processo, mas o ato de autocontemplação de alguém procurar rever-se numa criatura formatada à sua medida.

Todavia, avança-se cada vez mais por este caminho. Há que não fechar os olhos à intervenção neste domínio de interesses de terceiros. São *interesses milionários*: essas técnicas saem caríssimas. A onerosidade é multiplicada por a taxa de êxito ser muito baixa e, freqüentemente, quando se obtêm resultados, é só ao cabo de várias tentativas.

Assim, tudo o que é tecnicamente possível acaba por se praticar, dentro da lei ou à margem da lei.

Com este detonador econômico, casa-se o egoísmo próprio da sociedade de massas. Cada pessoa tem todos os direitos e olvi-

---

<sup>4</sup> Ou de um sexo determinado, salvo se houver o risco de transmissão duma doença que só afete seres de um dos gêneros.

da os deveres. Tem sobretudo o maior de todos os direitos, o *direito à felicidade*, que, só por distração, os políticos - tão generosos na atribuição de direitos fundamentais, porque sai de graça - não inscreveram ainda na Constituição. Sentem-se assim muitas pessoas autorizadas a fazer o que quiserem, sem se deter perante esse pormenor insignificante que é a valia ôntica da célula que encerra a vida humana nascente.

### 3. A REPRODUÇÃO PÓS-MORTE

Esta instrumentalização da vida futura ao serviço de interesses próprios atinge o máximo no planeamento da reprodução para depois da morte.

Todos temos o anseio de nos perpetuarmos. É uma tendência que pode ser filosoficamente explicada, mas que encaramos aqui como um mero fato.

Esse anseio pode encontrar um atalho na *criopreservação de embriões*, para serem dados à luz muitos anos depois. Atualmente, esse período é limitado aos anos em que o embrião mantiver sem degenerescência as suas qualidades, mas os progressos da técnica poderão levar a que o nascimento se verifique até gerações mais tarde.

É uma situação que escapa a todos os quadros em que assenta a nossa ordem legal. No ponto de vista familiar, pela confusão das gerações; no ponto de vista sucessório, porque ou põe em causa as aquisições operadas por morte, ou obriga à suspensão do fenómeno sucessório até que seja segura a ocorrência do nascimento ou pelo contrário, a sua impossibilidade. Estudamos esta hipótese<sup>5</sup>, tendo concluído que as leis atuais não lhe dão resposta. Não obstante, o jurista não se poderia omitir de encontrar a solução, se a situação se viesse faticamente a verificar.

Não vamos retomar essas questões. Interessa agora analisá-las do ponto de vista bioético.

Nenhuma estranheza pode causar que a implementação dum embrião criopreservado seja retardada por razões fortuitas, uma

<sup>5</sup> Cfr. o nosso “Problemas jurídicos da procriação assistida”, in *Revista Forense*, 328 (1994), 69; e in *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília), ano 47, n.º 183, Jan-Jun/94, 95.

doença da destinatária, por exemplo. Mas sê-lo porque o progenitor se quer perpetuar, ressurgindo sob novas espécies no futuro, transforma o embrião em puro objeto. Merece uma apreciação negativa, porque representa uma instrumentalização do embrião. Juridicamente, uma cláusula desta ordem, que constasse por hipótese de um testamento, não poderia deixar de cair sob a alçada da contrariedade à cláusula geral dos bons costumes. Seria, portanto inválida, mesmo na ausência de previsão específica da lei.

#### **4. A CLONAGEM**

Um passo ainda mais grave seria dado pela clonagem.

A reprodução humana por meio de clonagem não é ainda praticável. Mas é muito de supor que o venha a ser: os progressos científicos levam cada vez mais longe a técnica nos mamíferos superiores. É de toda a prudência estarmos preparados para avaliá-la, quando e se essa técnica se tornar praticável.

Prevê-se que a vida humana possa ser formada sem resultar de singamia. Na origem, estaria um ovócito, que seria desnucleado, no qual seria introduzido o núcleo duma célula somática. Se for da mulher de quem o ovócito se extraiu, desenvolve-se um embrião (avancemos a qualificação) resultante de um só gâmeta, no qual todos os componentes são provenientes dessa mesma mulher. Esse embrião teria um genoma que é basicamente idêntico ao genoma da progenitora. Isso constituiria uma perturbação maior do processo de reprodução.

A questão não assenta, repare-se, em qualquer dúvida sobre a identidade pessoal do novo ser. O embrião estaria seguramente na origem duma pessoa diferente. A um genoma diferenciado corresponde necessariamente uma nova pessoa, mas pode a um genoma idêntico corresponderem personalidades diferentes. É o que se passa com os gêmeos homozigóticos, cujos genomas são praticamente idênticos: ninguém duvida que são pessoas distintas. Também o clone seria uma pessoa por si. Na realidade, mesmo do ponto de vista biológico, o genótipo ou constituição gênica estará na origem de 20% dos traços da personalidade, mas todo o resto não é dele dependente.

Os problemas jurídicos que se suscitariam seriam gravíssimos. O clone seria filho da dadora? Seria irmão? Ou não seria uma coisa nem outra?

Mas não são estas questões que nos ocupam. A clonagem feriria profundamente os princípios da reprodução humana. Representaria a sobreposição ainda mais acentuada do interesse do dador, que se quereria replicar e permanecer assim tal qual num outro ser. Desconheceria que a geração humana é naturalmente bissexuada, resultante do elemento masculino e do elemento feminino, e que, na seqüência, a formação para a vida do novo ente deve ser biparental. A clonagem condená-lo-ia a sair da normalidade, por nascer fatalmente privado de vida familiar normal.

Se não é o nascimento de novas pessoas que está hoje na ordem do tecnicamente possível, já o é a fabricação de embriões clonados para serem destruídos, extraíndo-se deles células tronco (ou estaminais) durante a fase inicial de constituição<sup>6</sup>. Aqui já há eticamente uma questão da maior importância.

Houve quem negasse fundamento à reserva ética a este procedimento, sustentando que nunca de um clone poderá resultar uma pessoa. Com todo o respeito, consideramos a afirmação temerária. Dizer que *nunca será possível* perante uma evolução em progresso, parece anticientífico. O mínimo que se pode fazer será estabelecer um período de espera, enquanto se não prova cientificamente se um clone poderá chegar ou não ao nascimento.

Mas, sendo assim, o princípio da *prudência*, fundamental no Direito e também na Bioética, impõe que não sejam permitidas em relação ao clone práticas que são contrárias à sua consideração como uma vida humana nascente. Para que não aconteça virmos amanhã a lamentar que se tenha aproveitado este período de incerteza para praticar violações irreparáveis da dignidade do ser humano.

Segue-se, pois, que o *estatuto a atribuir ao clone é, sem qualquer diferença, o estatuto do embrião*. O que se concluir

---

<sup>6</sup>Sabendo-se que atualmente este, no seu desenvolvimento normal, terá um desenlace que representa sempre a frustração do nascimento dum novo ser.

quanto ao embrião abrange o clone; o regime jurídico é o mesmo. Não há necessidade de criar uma disciplina específica, nomeadamente no que respeita à fabricação de clones para serem destruídos e deles se extraírem células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, porque o clone participa do regime que se aplica ao embrião em geral.

Estes princípios poderão ser postos em causa, perante a voracidade da indústria. O precedente coreano, com o seu cortejo de fraudes e de formas de pressão sobre as mulheres para a obtenção dos óvulos a utilizar, ensina como esta ameaça deve ser tomada a sério. Acresce que o processo, exigindo a estimulação ovária da mulher para retirada de ovócitos, a penaliza gravemente.

Bem fez por isso a Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)<sup>7</sup>, ao proibir a clonagem humana no art. 6 IV, afastando quaisquer dúvidas. E repare-se: a *lei proíbe a clonagem humana sem mais* e não apenas a clonagem com fins reprodutivos. O legislador tinha bem consciência do que estabelecia, até porque, durante os trabalhos preparatórios, se defendeu a admissibilidade da clonagem terapêutica<sup>8</sup>. A posição proibitiva que tomou assenta na realidade de a clonagem ser, afinal, una. A distinção entre clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica tem como critério um elemento extrínseco, a destinação do clone, mas não quebra a unidade do processo.

## 5. A LEI E A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A PMA (sigla representativa de procriação medicamente assistida) foi disciplinada pela referida Lei n.º 11.105, sobre biossegurança.

Esta lei prevê facetadamente várias matérias. Pessoalmente, lamentamos que os fenômenos humanos tenham sido confundidos e regulados simultaneamente com aspectos gerais da biotecnologia.

<sup>7</sup> Esta lei regula também a utilização de células-tronco e outras matérias ligadas à biotecnologia, embora de maneira muito sumária. Foi regulamentada pelo Dec. n.º 5.591, de 22.XI.05.

<sup>8</sup> Isso manifesta-se ainda claramente no Relatório final apresentado ao Congresso por Ney Suassuna.

logia, o que representa sempre uma degradação da pessoa: não aceitamos que o corpo humano seja assimilado ao bife.

Não tentaremos sintetizar a lei, mas simplesmente fazer a ponte para o que pesquisamos. O art. 5º refere a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Veremos depois o que respeita às células-tronco. Para já, resulta deste preceito a legalização da *procriação medicamente assistida*. Mas com que limites?<sup>9</sup>

A grande questão está em saber se é permitida a *procriação heteróloga*, ou tão-só a *procriação homóloga*. Ou seja, se a *procriação medicamente assistida* apenas é admitida em relação a casal (estável) ou se também o é com recurso a gâmetas de pessoa estranha ao casal. Assim, sendo o marido estéril, por exemplo, poderia recorrer-se a espermatozóides de terceiro.

O Código Civil de 2002 já refere esta matéria. O art. 1.597 presume concebidos na constância do matrimônio os filhos concebidos por “fecundação artificial homóloga”, mesmo que falecido o marido (inc. III); o inc. IV, falando agora em “concepção artificial homóloga”, estende esta presunção aos resultantes de embriões excedentários, havidos “a qualquer tempo”; e o inc. V, aos nascidos de “inseminação artificial heteróloga”, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

O preceito prevê, assim, três realidades:

- a fecundação assistida homóloga, mesmo que esta seja realizada só após o falecimento do marido.

- a produção de embriões excedentários e a implantação destes a qualquer tempo.

- a *procriação assistida heteróloga*.

Observamos, porém, que as ilações que daqui se podem retirar são limitadas. O Código Civil não pretende disciplinar a *procria-*

<sup>9</sup>Sobre toda esta matéria cfr. Heloísa Helena Barboza, “Direito à *procriação* e às técnicas de reprodução assistida”, in *Bioética e Biodireito* (coord. Eduardo de Oliveira Leite), Forense, 2004, 153; Jussara Maria Leal de Meirelles, “Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil Brasileiro e o texto constitucional”, in *Novos Temas de Biodireito e Bioética* (coord. Heloísa Helena Barboza *et alii*), Renovar, 2003, 83.

ção assistida em si. Como concluimos no nosso citado estudo<sup>10</sup>, o Direito, quando regula as incidências da procriação assistida sobre as relações familiares, *toma os processos relativos à procriação como meros fatos*, porque tanto tem de regular as suas conseqüências se forem lícitos, quanto se forem ilícitos. Dificilmente se extrairia, pois, daqui uma aprovação pelo Direito dos fenômenos referidos, particularmente da “inseminação artificial heteróloga”.

A procriação heteróloga suscita inúmeros problemas. Desde logo, o desconforto que provoca a intromissão de terceiro num domínio nuclear da vida do casal. Mais profundamente, o abandono da via natural da procriação. Ainda, a questão do *anonimato ou não do dador*. Por outro lado, há uma pressão muito grande no sentido da sua admissão e poderosos interesses econômicos sustentam a apologia constante destes métodos.

Os problemas jurídicos atingem uma complexidade maior. Quem são os pais? No caso da mãe, corrigimos amistosamente Guilherme de Oliveira, que intitulou um seu livro: **Mãe há só duas!**<sup>11</sup>. Dizemos que *mãe há só três*: a “mãe biológica”, de quem provém o gâmeta; a “mãe de substituição”, que dá à luz; e a “mãe social”, a quem a criança que se programa se destina.

Diríamos que a lei brasileira não aborda esta questão.

Mais ainda: pela leitura do art. 5º da Lei n.º 11.105, concluiríamos que a procriação heteróloga está excluída.

O § 1.º, prevendo a utilização de embriões congelados para fins de pesquisa e terapia, dispõe: “Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”. A lei prevê *genitores*. Usa o plural, pelo que não pode ser lida como referente a uma pessoa só. Portanto, pressupõe que o embrião resulte de casal a que se destina.

Temos como princípio fundamental neste domínio que o *mero dador de gâmetas não é juridicamente progenitor*. Atua fora de processos naturais e de qualquer projeto de paternidade. Tudo se esgota com o mero fornecimento de material de repro-

<sup>10</sup> “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “A procriação assistida como fato e os seus efeitos”.

<sup>11</sup> **Mãe há só Duas: o Contrato de Gestação**, Coimbra Editora, 1992.

dução que realiza. É esta a razão por que se reconhece que não poderá vir amanhã reivindicar a paternidade ou a sucessão do novo nato.

A lei, falando no consentimento dos genitores, não pode incluir nestes os dadores de gâmetas. Porque seria absurdo que se exigisse o consentimento do dador de gâmetas para a eventual dação posterior do embrião. Quem está fora do projeto de paternidade é completamente excluído de qualquer decisão futura sobre o embrião.

Isso não impede que o novo ser tenha o direito de conhecer aquele de quem biologicamente deriva. A questão do anonimato do dador foi discutida, prevalecendo atualmente a orientação que defende o direito do novo ser a esse conhecimento. Este direito não se limitaria às hipóteses em que há a necessidade médica de determinação de antecedentes genéticos, pois existe independentemente de “justa causa”<sup>12</sup>.

Observe-se que a procriação heteróloga pode levar a que não haja nenhum progenitor. Pode o processo ter por destino um casal, ou pessoa só, mas em que o ovócito provenha de mulher estranha e o espermatozóide de outro homem. Isso é incompatível com a previsão legal dos “genitores”. Donde: mãe há só três - *mas no fim de contas pode não haver nenhuma*.

## 6. A MULHER SÓ, O PAR HOMOSSEXUAL E O CASAL INFÉRTIL

Esta base legal, logicamente, levaria a concluir que a lei brasileira só admite a procriação assistida homóloga.

Mas é claro que os interesses ligados à procriação heteróloga não silenciarão perante interpretações lógicas.

Isto, a admitir-se, abriria uma nova ordem de questões.

Haverá um *direito da mulher sozinha a ter filhos?*

Ou do par *homossexual?*

<sup>12</sup> Foi esta a posição unânime do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal, no Parecer sobre procriação medicamente assistida. Mas como isso prejudica o negócio, a posição foi invertida pela Assembléia da República, ao aprovar a atual Lei n.º 32/06, de 26 de Julho, sobre procriação medicamente assistida (e, aliás, também sobre vários outros aspectos): cfr. o art. 15, que contém uma obscura teia de exceções ao anonimato.

A propensão para a paternidade em geral, e para a maternidade em especial, é um impulso positivo, que deve ser objeto de compreensão. Mas isso não pode levar a superar o princípio de que o interesse do novo ser é preponderante.

O interesse do novo ser está na integração numa família normal, que é biparental. Isso não acontece no caso em que esse novo ser surja no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha<sup>13</sup>.

A questão pode ser ampliada à própria situação do casal infértil, quando a infertilidade não puder ser superada por técnicas de procriação medicamente assistida aplicadas ao casal. A ânsia de reprodução não poderá ser satisfeita neste caso, quando desejada por um casal normalmente constituído?<sup>14</sup>

Com todo o respeito por este anseio, que enaltecemos como em si positivo, observamos que a anomalia não se elimina criando outra anomalia, que é a resultante da procriação heteróloga. Eticamente não pode deixar de se acentuar o muito maior valor que tem a *adoção*. Havendo tanta criança abandonada a reclamar acolhimento, a adoção é o meio privilegiado, pois cria através de laços de dedicação os vínculos de paternidade que naturalmente não foi possível constituir.

A Lei portuguesa n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, limita o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida a pessoas casadas ou a casais em união de fato (art. 6). Mas admite a procriação heteróloga (art. 10/1), embora esclareça que o dador não pode ser havido como progenitor da criança que nascer (art. 10/2). Nesse caso, não há procriação medicamente assistida em sentido próprio, porque nada se cura: o fim deixou de ser tratar uma deficiência do aparelho reprodutor.

---

<sup>13</sup> Pessoalmente, é muito diferente da situação do filho órfão de um genitor, que vive na memória e respeito dele. Está privado da presença por uma contingência, enquanto que nas hipóteses acima enunciadas fica originariamente colocado em posição psicológica e socialmente diminuída.

<sup>14</sup> Fizemos observações críticas sobre um pretensão direito absoluto de procriar em “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “O direito de procriar”.

## 7. A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES PARA FINS DE PESQUISA E TERA-PÊUTICOS

O embrião contém, na sua fase inicial, células-tronco totipotentes, que são as que se podem diferenciar para qualquer tipo de células. Têm uma grande valia potencial (e nalguns campos já atual) para fins terapêuticos e suscitam vivo interesse por parte dos cientistas<sup>15</sup>.

Os embriões são muito cobiçados, enquanto as suas células estão indiferenciadas e podem, portanto, ter utilização universal. Mas como as obter? A forma mais à mão consiste em criar laboratorialmente embriões para depois os liquidar, aproveitando as células. As convenções internacionais proíbem porém a criação de embriões para serem objeto de destruição.

Acentua-se que no corpo humano se encontram células-tronco fora dos embriões<sup>16</sup>. Recorre-se por isso a outras fontes, como sejam as células do cordão umbilical, as de fetos abortados, quer o aborto seja espontâneo quer provocado, as constantes do líquido mitocondrial e as contidas em tumores. Além disso, conforme a função que estiver em causa, é possível o recurso às células multipotentes e unipotentes que se encontram disseminadas por todo o corpo. Muito importantes são já as da medula, para o tratamento da leucemia.

Os olhares continuam, porém, a voltar-se sobretudo para o que se chama os *embriões excedentes* ou *excedentários*.

O art. 5º da Lei n.º 11.105 permite a utilização de embriões obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados “no respectivo procedimento”. Aqui há, portanto, uma tomada de posição quanto à admissibilidade deste recurso.

Sujeita-o a condições:

- serem embriões inviáveis,
- estarem congelados há três anos ou mais,

<sup>15</sup> Cfr. sobre esta matéria Walter Osswald, “Alguns aspectos éticos da investigação com células tronculares (ou estaminais)”, in *Ciência e Ética: da Célula ao Embrião - Actas do 8.º Seminário do CNECV*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2005, 31.

<sup>16</sup> Fala-se em células-tronco *pluripotentes*, como células do embrião que podem originar um organismo completo mas não os seus anexos embrionários; *multipotentes*, que podem dar origem a vários tecidos; e *unipotentes*, que só podem ser referidas a um tecido. Mas a terminologia não é uniforme.

- já estarem congelados à data da publicação da lei, quando passarem três anos sem serem utilizados.

Há, meio oculta, outra lacuna da lei, possivelmente intencional: não se diz se os embriões que forem congelados *após a publicação da lei* podem também vir a ser utilizados quando passarem três anos após o congelamento. Não há que raciocinar por identidade de razão, porque a regra que permitisse a liquidação de vida humana em formação seria tecnicamente uma regra excepcional, que não pode ser estendida por analogia. A conclusão a tirar é a de que a lei permite o aniquilamento de embriões excedentários do passado mas não dos que de futuro caírem nessa condição.

Em todo o caso, há o receio de que na origem desta lacuna, esteja, por parte de alguns, uma conciliação calculista de posições para fazer passar a lei e, decorridos três anos, apresentar propostas de aplicação do mesmo regime aos embriões excedentários entretanto formados, invocando razões de isonomia.

Tomam-se ainda outras cautelas. O § 1.º reclama o consentimento dos genitores, de que já falamos. A regra é de aplaudir, como é de aplaudir que se não fale de *doação* pelos genitores: doam-se coisas, e o embrião não é coisa, porque ou é pessoa ou é da ordem das pessoas. Por outro lado, os pais nunca poderiam doar em *representação* do embrião, porque a representação se faz no interesse do representado, por princípio jurídico geral, e não há maneira de admitir que é do interesse do embrião ser aniquilado. *Dação* em vez de *doação* já é melhor, porque é neutro. Mas é melhor ainda a posição adotada pelo art. 5º § 1.º, pois requer apenas um consentimento dos genitores. E este deve realmente ser sempre necessário, dada a particular ligação dos genitores ao embrião.

Pelo § 2º, requer-se ainda a aprovação pelos respectivos comitês de ética dos projetos das instituições de pesquisa e terapia que utilizem células-tronco embrionárias - o que se afigura valer muito pouco, porque não há a necessária garantia de isenção.

A razão que eticamente pode sustentar que os embriões inviáveis ou os que estão congelados há mais de três anos possam ser utilizados na pesquisa é uma razão de moral utilitária. Esses

embriões não poderiam de qualquer modo ser implantados em condições medicamente indicadas e pereceriam de toda a sorte. Mais vale então que sejam aproveitados para pesquisa ou terapia, tornando-se assim úteis<sup>17</sup>.

Mas a essa razão pragmática pode opor-se uma razão pragmática de sentido oposto: se se admite que os embriões excedentários sejam aproveitados para pesquisa e terapia, então pode-se apostar que aparecerão sempre mais embriões excedentários, ao invés da desejável não-criação destes. A tentação é demasiado forte. Quando o que há a fazer é fechar as portas a métodos fáceis, para estimular a ciência a caminhar de maneira a prescindir dos embriões excedentários, aperfeiçoando métodos de obter células-tronco por outras vias.

Nesse sentido, o que se poderia fazer?

Antes de mais, há que tomar como fator estratégico que a pesquisa é vastamente sustentada por fundos públicos<sup>18</sup>, o que permite impulsionar a ciência a dirigir-se para formas que não provoquem problemas éticos. Esses fundos deveriam canalizar-se para o desenvolvimento de outros métodos, que excluíssem o recurso a células embrionárias<sup>19</sup>. Os resultados obtidos são cada vez mais promissores.

Mas mesmo no que respeita às células embrionárias, foi noticiado recentemente um novo processo que evitaria a destruição do embrião. Nos estágios iniciais<sup>20</sup>, pode retirar-se do embrião uma ou algumas células. Não se destrói o embrião, porque o blastocisto tem capacidade de reconstituição, voltando à sua composição inicial.

Não é na realidade um método novo, antes, há muito que era conhecido: o “diagnóstico genético pré-implantação” baseia-

<sup>17</sup> Pode invocar-se mesmo o princípio do *mal menor*, que é um princípio ético. Mas utilitarismo e decisão pelo mal menor não se confundem.

<sup>18</sup> Não esquecendo o financiamento pela indústria farmacêutica, cada vez mais significativo, que todavia traz o risco de direcionar os campos de investigação do cientista, limitando a autonomia deste.

<sup>19</sup> Como seja o recurso a células progenitoras, que existem nos vários tecidos e recompõem as células desses tecidos.

<sup>20</sup> Portanto, quando não houve ainda a implantação no útero do embrião formado *in vitro*.

se justamente na retirada de uma ou mais células do embrião para permitir o conhecimento de anomalias ou outras características<sup>21</sup>. Teoricamente poderia servir como fonte de células embrionárias, mas cria também um risco para a futura implantação, em qualquer caso, pois haverá sempre o receio de que a ablação das células venha a provocar danos ao desenvolvimento do embrião: não está provado que os provoque, mas também não está provado o contrário. Não seria de supor que os interessados na procriação assistida, homóloga ou heteróloga, aceitassem para o efeito embriões de que tivessem sido retiradas células indiferenciadas<sup>22</sup>. Dificilmente poderá assentar nisso um método efetivo de proporcionar as células totipotentes que se desejam.

A solução, verdadeiramente, consiste em evitar embriões excedentários. Assim se passa noutros países, na Alemanha, por exemplo, e parcialmente também em Portugal.

Uma técnica utilizável neste sentido consiste em levar o processo até à beira da singamia mas parar então: a criopreservação asseguraria a disponibilidade dos embriões, para serem implantados no momento oportuno. Se essa oportunidade não chegasse, poderia sempre evitar-se a singamia. Com isto, não se faria nunca destruição de vida humana nascente.

Se o método é praticável com iguais condições de êxito, ou até se o fosse com uma pequena diminuição de resultados, esse método torna-se eticamente obrigatório, porque evita a realidade sempre problemática da destruição do embrião<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Não entramos na análise ética deste procedimento, que é igualmente contestável: implica que os embriões rejeitados passam à categoria de excedentários. Em defesa do processo, pode arguir-se que esta rejeição é um mal menor que a prática de aborto em fase posterior. Por outro lado, no ponto de vista técnico, o método padece de grandes limitações, pois poucas são as anomalias que podem ser detectadas; que as células recolhidas podem não ser indicativas; e que mesmo anomalias reveladas poderiam não conduzir afinal à doença que se receia, pela própria evolução natural do embrião.

<sup>22</sup> Neste risco tem-se, porém, de incorrer sempre que se pratica o diagnóstico genético pré-implantação.

<sup>23</sup> Podem erguer-se objecções éticas ao próprio processo, como manipulação da vida. Mas a ética funciona também em termos de ponderação de mal menor e a criopreservação nesse estágio preliminar (a que alguns chamam o pré-embrião) levanta menos objecções. Seriam seguramente objecções menos graves que tudo o que possa levar ao aniquilamento do embrião.

O método não pode, porém, dar solução exaustiva ou completa, porque por outras causas pode sempre haver embriões excedentários. O destino indicado para esses embriões é a implantação. Se não puder operar a procriação homóloga, põe-se a hipótese da procriação heteróloga - que é aqui um mal menor, confrontado com o da destruição do embrião<sup>24</sup>.

## 8. A GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

Ganhou grande ressonância pública a possibilidade de uma mulher levar a cabo a gestação para outrem. Fala-se em maternidade de substituição ou em mãe portadora. Protagonizou-se, na seqüência de novela, a designação “barriga de aluguel”. Preferimos falar em gestação para outrem com base em acordo de gestação. Evitamos falar em *maternidade*, porque, como veremos, pode não haver maternidade nenhuma.

O método é tipicamente usado em casos em que uma mulher não consegue levar a bom termo a gestação, mesmo que consiga a fertilização. Recorre, então, a outra mulher para que o faça para ela. Pressupõe-se que essa outra mulher não concorre com gâmetas próprios. O embrião é-lhe implantado no útero, para se desenvolver o processo natural até ao nascimento.

Pode haver variantes quanto à origem dos gâmetas. Se o ovócito usado no embrião é de terceira mulher, temos a situação atrás referida de “mãe há só três”.

A supor que a gestação é levada a cabo, quem é então a mãe, afinal?

Pode-se excluir imediatamente que seja a pessoa a quem o novo ser se destina: a “mãe social” ou a “mãe de destino”. Não há nenhuma pista legal ou biológica que permita afirmá-lo. Há um contrato, mas a atribuição de maternidade é feita por lei e não por contrato.

O entendimento generalizado é o de que a mãe é a gestante. Por isso se fala em “mãe portadora”. Este entendimento baseia-se

---

<sup>24</sup> Seja a implantação em mulher de onde não provém o gâmeto feminino, seja o recurso a embrião fecundado com espermatozóide de homem estranho ao casal.

normalmente na circunstância de a lei associar a maternidade à circunstância de a mulher dar à luz.

Pronunciamo-nos sobre esta matéria em sentido oposto, no domínio do Código de 1916<sup>25</sup>, e não vemos motivo para alterar a posição perante o Código novo. A lei considera a hipótese normal, aliás, a única admissível ao tempo, quer do Código anterior, quer da elaboração do Código atual. Mas a chave das relações familiares continua a encontrar-se nos vínculos de sangue: a lei baseia-se na derivação biológica para constituir a relação de parentesco. Por isso, os impedimentos matrimoniais fundam-se na relação biológica e não na gestação.

A este vínculo de maternidade fazem, como dissemos, excepção, mesmo no silêncio da lei, os casos de mera dação de gâmetas, porque, quem assim fizer, entrega um produto separado do corpo, sem participar de nenhum projeto de paternidade.

A mãe é, portanto, aquela de quem provém o ovócito, desde que esteja empenhada num projeto de paternidade. Assim, a irmã de mulher estéril que cede um ovócito para ser fecundado por espermatozóide do cunhado é, a nosso ver, juridicamente a mãe<sup>26</sup>.

Isto não significa que neguemos importância ao fato da gestação. Nomeadamente, deveria a nosso ver constituir também impedimento matrimonial. Mas a lei não o prevê.

A importância não é apenas esta. A gestação provoca por natureza uma relação entre a gestante e o ser que cresce dentro dela, levando a laços de afeição profundos. Por isso é freqüente, nascida a criança, que a gestante se negue a entregá-la à mãe de destino. Isso demonstra, aliás, a artificialidade do processo, que rompe com a realidade natural da procriação.

Juridicamente, como deve a situação ser resolvida?

Há um contrato na base: o contrato de gestação.

<sup>25</sup> Cfr. o nosso “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “Fundamentos actuais da paternidade”.

<sup>26</sup> O art. 1.597 V CC, que presume nascidos na constância do matrimônio os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, com autorização do marido, não só não é, logo no seu texto, aplicável a esta situação, como estabelece uma mera presunção de “nascimento na constância do matrimônio” e não um critério de atribuição de paternidade ou maternidade.

Este contrato pode ser oneroso ou gratuito. Duvidamos desde logo, em geral, da validade do contrato oneroso, pois não cremos que um processo tão importante como a gestação possa ser venalizado. Basta para tanto a contrariedade à cláusula geral dos bons costumes.

Mesmo sendo gratuito, o contrato deve ou não ser considerado válido?

O contrato atinge gravemente bens indisponíveis, pelo que o temos por nulo. Assim o estabelece o art. 8/1 da Lei portuguesa n.º 32/06, sobre PMA - seja oneroso ou gratuito.

Por isso, a mulher que leva a termo a gestação pode, no final, recusar-se a cumprir o contrato.

Mas subsiste a questão: quem é a mãe? Por que será o nexo de maternidade e não o vínculo negocial o decisivo?

A referida Lei portuguesa n.º 32/06 determina que a gestante é havida para todos os efeitos como a mãe (art. 8/3). Compreende-se a intenção do legislador: para dissuadir a prática destes negócios, impõe que produzam o efeito diametralmente oposto ao desejado por quem os celebra.

Mas, se o objetivo é compreensível, o meio é incongruente. Porque não se joga com a maternidade a título de sanção. Esta atribuição de maternidade só se utiliza para conseguir objetivos de dissuasão. Mas o critério de atribuição da maternidade deve estar acima de quaisquer outras preocupações do legislador.

E que dizer perante a lei brasileira, em que não há semelhante regra?

Temos de distinguir consoante o ovócito é da encomendante da gestação ou de terceira mulher.

Se é da encomendante, é ela a mãe. Pode assim reivindicar com esse fundamento a entrega da criança.

Se o ovócito é de terceira mulher, esta pode participar de um projeto de maternidade ou não.

Se participa, a criança é dela, porque é juridicamente a mãe.

Se não participa, há mera dação de gâmetas e não é mãe. Estaremos então na hipótese já referida de *nenhuma das três “mães” ser, afinal, mãe*. Nenhuma pode como tal reivindicar a entrega da criança. O destino desta resolver-se-á por acordo, ou por modo de

destinação estabelecido, em geral, por lei, mas já não por força de regras sobre maternidade<sup>27</sup>.

## 9. APRECIÇÃO ÉTICA DA PROTEÇÃO DO EMBRIÃO

Por que toda essa resistência à destruição do embrião?

Está necessariamente em causa uma visão ontológica da realidade do embrião.

*O embrião não é uma coisa.*

*O embrião é vida.*

*O embrião é vida humana.* Tudo isto é inquestionável.

*O embrião é vida humana nascente.* O seu desenvolvimento natural conduzirá a uma pessoa como nós próprios.

*O embrião é vida humana diferenciada.* Nomeadamente, é uma vida diferenciada da vida da mãe, no caso do embrião *in utero*.

No debate sobre o aborto, ouve-se muito o *slogan*: “do meu corpo faço o que quero”. Não tem, porém, nenhum suporte na realidade. A identidade do corpo humano pressupõe a unidade do genoma. O genoma do embrião é diferente do genoma da mãe, logo não é parte do corpo da mãe<sup>28</sup>.

Isto impõe que se entre na caracterização da essência do genoma, nomeadamente na questão: o embrião é uma pessoa?

A resposta não pode ser dada pela Biologia. A Biologia dá-nos o suporte do espírito. Leva até a concluir que há uma vida humana diferenciada da vida da mãe. Todos os elementos caracterizadores do novo ser estão já presentes no embrião, nada mais lhe sendo acrescentado a partir do corpo da mulher em que se aloja durante todo o decurso da concepção. O embrião tem até desde o início o

<sup>27</sup> Recorde-se ainda que, nos termos do art. 1.606 CC, a ação de prova da filiação compete ao filho.

<sup>28</sup> Mais profundamente ainda, a pretensão de se *ser dona do corpo* exprime uma visão completamente equivocada da relação pessoa/corpo, que leva a ver este como uma coisa, sujeita a propriedade. Cfr. sobre este ponto Judith Martins-Costa, “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito”, in *Rev. Trim. Dir. Civil* (Rio de Janeiro), 1/3 (Jul-Set 2000), 59-78 (66), citando Aida Kemelmajer de Carlucci; bem como as várias incidências que Cristiane Avancini Alves relata em “Considerações acerca da qualificação jurídica do embrião humano no Direito Privado”, in *Rev. Trim. Dir. Civil* (Rio de Janeiro), 7/25, Jan-Mar 06, 253.

seu eixo, donde resultará o seu direcionamento, e, assim, a posição da cabeça e dos restantes pontos do corpo. Mas a Biologia não resolve a questão de saber se ao novo ente cabe ou não a qualificação de pessoa.

Também não é resolvida pelo Direito. Pode, é certo, discutir-se se o embrião tem ou não personalidade jurídica. Falo à vontade, porque entendo que a tem efetivamente<sup>29</sup>. Mas isso não é decisivo num ponto de vista essencial, porque personalidade jurídica até uma sociedade comercial a tem. A questão aqui não é formal, de qualificação jurídica, mas de valoração da realidade substancial subjacente.

Porém, o Direito brasileiro é mais categórico. O art. 2º do Código Civil, após estabelecer o princípio de que a personalidade começa com o nascimento, dispõe: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se tem direitos, tem personalidade jurídica: caso contrário seria *objeto* de proteção e não sujeito de direitos. E esses direitos são os direitos ligados essencialmente à pessoa. Não são direitos patrimoniais, como os resultantes de sucessão aberta, porque esses só se adquirem com o nascimento com vida.

Este debate deve abranger todas as modalidades de embrião, e portanto também o embrião produzido *in vitro*. Este é igualmente uma realidade caracterizada como vida humana diferenciada, cujo desenvolvimento natural levaria ao nascimento de uma pessoa humana.

Pode perguntar-se se a destruição do embrião é enquadrável na figura do aborto. Observa-se que o embrião *in vitro* não tem nidação, mas a verdade é que o aborto abrange também a destruição do embrião no útero antes da nidação. Em todo o caso, dado o caráter restritivo dos tipos penais, é dificilmente admissível que caiba no tipo de crime de aborto. Mas não é essa diferença de regime jurídico que impede que eticamente a situação seja análoga.

---

<sup>29</sup> Cfr. o nosso “Embrião e personalidade jurídica”, *in* Vida e Direito. Reflexões sobre um Referendo (obra coletiva), Principia (Cascais), 1998, 85.

A questão não é biológica nem jurídica, mas filosófica. Há que subir à caracterização da pessoa humana, como *ens distinctum subsistens*. É tema de larga indagação que não podemos sequer ensaiar resolvê-lo aqui. Basear-se-á na consideração do embrião como ser com fins próprios, diferentes dos dos seres que estão na sua origem.

Mas não precisamos sequer de ir tão longe. Basta que consideremos o que está já adquirido - o embrião é vida/humana/nascente/diferenciada/não é parte do corpo da mãe. A ética manda proteger a vida humana, no que a segue o Direito. O princípio exige que respeitemos a vida desde as suas primeiras manifestações. A primeira mas categórica manifestação dá-se com a singamia. A partir daí, tudo o que represente instrumentalizar o embrião, colocá-lo ao serviço de fins alheios, desrespeita a vida humana nascente e torna-se eticamente reprovável.

A esta luz, o Direito repercute a posição da Bioética. A Constituição Federal coloca como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º III). No art. 5º, proêmio, proclama a inviolabilidade do direito à vida, sem fazer nenhuma restrição. A dignidade da pessoa impõe a proteção desta desde a sua constituição e o direito à vida estende-se à vida humana nascente, que é vida diferenciada.

As variantes de regime jurídico, nomeadamente em matéria de aborto e agora na utilização de embriões *in vitro* para pesquisa e terapia, não alteram o princípio-base, apenas o adaptam. No que respeita ao aborto, o princípio é o da proibição: os casos em que é admitido são excepções. Quem é protegido com essa proibição? É a mãe? Mas o embrião é protegido até contra a própria mãe. Não, o sujeito beneficiário da proteção é o próprio embrião, como pessoa. As adaptações e excepções correspondentes aos sucessivos estágios da vida não se fundam numa diversidade de natureza. 📄