

**ADMISSIBILIDADE DO RECURSO A EMBRIÕES DOADOS QUANDO SE ATINJAM OS
LIMITES DE ACESSO PARA A REALIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE PMA NO ÂMBITO DO SNS**

Por referência a uma questão suscitada por um centro de PMA, relativa à admissibilidade do recurso a embriões doados quando se atinjam os limites de acesso para a realização de técnicas de PMA no âmbito do SNS, e no uso da competência conferida pela alínea j) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o CNPMA delibera o seguinte:

1. O CNPMA considera que, no âmbito do SNS, é legítimo fixar critérios de acesso dos casais às técnicas de PMA, por entender que a uniformização dos critérios de admissibilidade dos casais em situação de infertilidade aos centros de PMA do SNS constitui um passo indispensável para assegurar um acesso mais equitativo as essas técnicas, dando, por essa forma, cumprimento ao princípio da igualdade, aliás, princípio da proibição da desigualdade injustificada, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República e nos artigos 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia-Geral da ONU através da sua Resolução 217.ª (III) de 10 de dezembro, e 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, anexa ao Tratado de Lisboa, e nos quais se estabelece que:

- 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*
- 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*

2. E, por força do disposto no art.º 18º dessa mesma Constituição, essa determinação é vinculativa com força obrigatória geral e direta e sem necessidade de qualquer outra norma

ordinária porque Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

3. Não obstante, as medidas de organização e financiamento previstas para os centros de PMA do setor público são justificadas pela necessidade de assegurar a resposta adequada e atempada ao tratamento de situações de infertilidade, limitando, tanto quanto possível, os aspetos negativos que necessariamente resultam das dificuldades de acesso às técnicas e dos tempos de espera.

4. Para o CNPMA, a existência, em si, de limites etários e de restrições ao financiamento dos ciclos de tratamento de FIV ou ICSI a cada casal por ano, constituem, em si, repete-se, medidas proporcionadas que se justificam perante a necessidade de proceder a uma gestão eficaz/eficiente dos recursos disponíveis, que são sempre finitos e que ainda o são mais em tempos de crise; na verdade, a alocação de meios financeiros a uma determinada finalidade importa, em todos os casos, a preterição de outros objetivos.

5. Ainda assim, é inegável que estas determinações, e em particular as que concretamente se encontram atualmente definidas no âmbito do SNS, limitam a possibilidade de concretizar a realização de um projeto parental nas situações em que o casal, quer do ponto de vista legal (artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), quer do ponto de vista das boas práticas clínicas, reúne as condições de admissibilidade para a prossecução de tratamentos tendo em vista a resolução da situação de infertilidade conjugal.

6. O dilema que se coloca é, pois, o de operar uma justa ponderação desses dois interesses ética e socialmente válidos, e ambos merecedores da tutela do Direito, a qual, para alcançar esse desiderato, terá forçosamente de obedecer aos critérios definidos pelo Legislador, nomeadamente no artigo 335.º do Código Civil, no qual se estatui o seguinte:

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. *Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.*

7. Prosseguindo a análise da pretensão submetida à apreciação do CNPMA, constata-se que, por força do estatuído no artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o recurso a doação de embriões só é possível nas situações em que, *face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas.*

8. Deste modo, a possibilidade de utilização de gâmetas doados por terceiros, pessoas estranhas ao casal beneficiário, só seria, aparentemente, admissível quando não existissem, de todo, gâmetas dos membros desse casal ou desde que não estivesse assegurada a eficácia e a qualidade dessas células reprodutivas.

9. Essa aparência poderá, contudo, ser ilusória, uma vez que o texto legal permite uma outra interpretação menos linear, assente na diferença que existe entre os conceitos de *impossibilidade total* e *impossibilidade parcial*, destrinça que se encontra consubstanciada, nomeadamente, no n.º 1 do art.º 793º do Código Civil ("*Se a prestação se tornar parcialmente impossível...*"), e é a própria norma em causa que adianta que, na solução do problema, haverá sempre que ter em atenção se as células reprodutivas do casal que existem dispõem ou não de *qualidade* - para assegurar a gravidez, entende o Conselho.

10. Ou seja, está em causa proceder à interpretação desse texto legal, transcrito, na sua parte essencial, no ponto 5. supra.

11. Como já enunciado em outras deliberações do CNPMA, por mandato impositivo do Legislador, a interpretação de qualquer norma jurídica tem forçosamente que obedecer aos critérios consubstanciados nos três números do art.º 9º do Código Civil, aos quais, para a construção do conceito *solução mais acertada*, acrescem as exigências inscritas nos artºs 335º (*proporcionalidade*) e 334º do mesmo Código, destacando-se neste último a atenção que é

4.

dada não apenas à *boa fé* e aos *bons costumes* (isto é, **aos valores éticos que enformam e dão consistência ao tecido social comunitário e assim validam e tornam em verdadeiro Direito as normas legais produzidas pela forma prevista na Constituição**) mas também às *finalidades económicas e sociais* dos direitos em causa.

12. Para uma melhor compreensão dos fundamentos da presente deliberação, é útil transcrever o exato conteúdo desses três números do art.º 9º do Código Civil, a saber:

1. *A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*
2. *Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.*
3. *Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.*

13. Aplicando esses critérios à questão em apreço, entende-se ser inegável que o objetivo legalmente definido da utilização das técnicas de PMA é o de auxiliar os casais que se preenchem os requisitos exigidos nos dois números do art.º 6º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho e padeçam das situações de doença descritas no n.º 2 do art.º 4º desse diploma, a alcançar uma gravidez o mais possível saudável.

14. Por outro lado, face ao estatuído nos artºs 9º e 24º e 25º da mesma Lei, é igualmente clara a intenção do Legislador quanto à ordem de destinação dos embriões criados com a utilização dessas técnicas:

- em primeiro lugar, a sua utilização, a fresco ou após criopreservação, em benefício do casal originário desse material genético,

em segundo lugar, a sua utilização em benefício de um outro casal,

- em terceiro lugar, a sua utilização, nas concretas condições especificadas no art.º 9º do diploma, em projeto de investigação científica.

E em nenhum lugar o Legislador aborda a potencial inevitabilidade da descongelação e eliminação desses embriões - o que, sob o ponto de vista ético, é uma finalidade totalmente indesejada e indesejável (que o é mesmo, tendo o CNPMA configurado a mesma e procedido à sua regulamentação, quer através do conteúdo dos modelos de consentimento informado respeitantes à criopreservação e manutenção da criopreservação de embriões e pré-zigotos quer através da Deliberação n.º 3/2009, de 27 de fevereiro, porque, como Entidade Reguladora Independente, lhe compete definir regras de conduta que garantam aos casais beneficiários e aos centros de PMA situações de estabilidade e segurança perante os problemas reais que quotidianamente surgem no exercício desta atividade), que só poderá consumir-se quando nenhuma outra solução seja física e tecnicamente possível.

15. E porque assim é, não pode deixar de ser considerado que qualquer destinação que evite a descongelação e eliminação de embriões é a mais consentânea com o pensamento legislativo consubstanciada nas normas legais supra transcritas e com o específico e muito particular estatuto jurídico do embrião, que, não sendo, notoriamente, uma *pessoa* (n.º 1 do art.º 66º do Código Civil - *A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida*) ou sequer um *nascituro*, como é o caso do feto (n.º 2 do art.º 66º do Código Civil - *Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*), não é uma simples ou vulgar *coisa* (art.º 202º do Código Civil).

16. Nesta conformidade, sendo os custos deste procedimento perfeitamente desprezíveis e não envolvendo o mesmo um acréscimo relevante das despesas com o SNS, e porque essa é interpretação que, tendo no texto do n.º 1 do art.º 10º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, bem mais do que *um mínimo de correspondência verbal*, configura, sob o ponto de vista ético-social, a *solução mais acertada e proporcionada* face aos direitos e interesses em colisão, o CNPMA considera que, ainda que existam gâmetas dos membros do casal beneficiário, ou seja ainda

23

tecnicamente possível obtê-los, é lícito e admissível o recurso a embriões doados quando esse casal atinja os limites de acesso para a realização das técnicas de PMA no âmbito do SNS, o que será particularmente válido se não for possível garantir a eficácia e a qualidade dessas células reprodutivas face ao objetivo primordial que é o de alcançar uma gravidez ou se os custos envolvidos constituírem um gasto inoportável e ética e socialmente inexigível para o casal beneficiário.

19 de julho, 2013