

47

Deliberação n.º 05/II, 19 de julho, 2013

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO A INSEMINAÇÃO INTRAUTERINA COM SÉMEN DE DADOR, COM DISPENSA DE DGPI E DO PROCESSAMENTO *IN VITRO* DO MATERIAL BIOLÓGICO DO ELEMENTO FEMININO DO CASAL QUANDO ESTA É PORTADORA DE DOENÇA VIRAL

Por referência a uma questão suscitada por um centro de PMA, relativa à admissibilidade de, num caso concreto em que o elemento feminino do casal é portador de doença viral, poder recorrer-se a inseminação intrauterina com sémen de dador, com dispensa de DGPI, para o qual existia, relativamente ao elemento masculino, indicação médica de realização, e do processamento *in vitro* do material biológico daquela, entendeu o CNPMA que, independentemente da resolução desse problema isolado, a matéria em causa é suficientemente importante para merecer a criação de uma norma regulamentar com carácter vinculativo geral e abstrato.

Deste modo e no uso da competência conferida pela alínea b) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o CNPMA delibera o seguinte:

1. Por força do estatuído no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, só é possível propor aos casais beneficiários o recurso a doação de espermatozoides - ou ovócitos ou embriões - 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.*

O que, à partida, tornaria aparentemente inviável uma resposta positiva à pretensão que aqui se aprecia.

9.

2. Todavia, como já adiantado na Deliberação 04/II, de 19 de julho de 2013, do CNPMA, este Conselho entende que o texto legal agora transcrito permite uma interpretação menos imediatista, a qual assenta na diferença que existe entre os conceitos de *impossibilidade total* e *impossibilidade parcial*, destrição que se encontra consubstanciada, nomeadamente, no n.º 1 do art.º 793º do Código Civil (“*Se a prestação se tornar parcialmente impossível...*”), argumentação que se torna ainda mais legítima se atendermos a que na própria norma se admite que, na solução dos problemas subsumíveis na sua previsão, haverá sempre que ter em atenção se as células reprodutivas do casal que existem, ou podem vir a ser recolhidas, dispõem ou não de *qualidade* - para assegurar uma gravidez viável e saudável, entende o Conselho.

3. De igual modo, é indispensável nunca esquecer que, por aplicação do princípio da igualdade, aliás, *princípio da proibição da desigualdade injustificada*, consagrado no artigo 13º 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, *ninguém pode ser prejudicado ou privado de qualquer direito em razão de situação económica*, determinação essa que, por força do disposto no art.º 18º dessa mesma Constituição, 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*.

4. O que significa que, na procura da boa interpretação do supra transcrito n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não podem ser liminarmente afastadas, muito menos desconsideradas as limitações dos direitos dos casais beneficiários resultantes dos custos das técnicas de PMA, em geral, ou das específicas técnicas aplicáveis a uma dada situação concreta; e, insiste-se, 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

ag

nos art^{os} 335^o (*proporcionalidade*) e 334^o do mesmo Código, destacando-se neste último a atenção que é 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.

5. Recorda-se que na situação concreta que motiva a criação desta norma geral e abstrata, para além do elemento feminino do casal beneficiário ser portador de doença viral, existe, relativamente ao elemento masculino e conforme relatório do geneticista que acompanhou o caso, uma indicação para efetuar DGPI, admissível segundo as orientações definidas pelo CNPMA ao abrigo do estatuído nos art^{os} 30^o n.º 2 f), 28^o e 29^o da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Ainda assim, em termos abstratos, nada obstará, a que, neste caso, se procedesse, simultaneamente, ao processamento de material biológico do elemento feminino portador de doença viral (FIV) e a DGPI.

6. Mas a que custo, pois é inegável que estas determinações, especialmente quando é tão escassa em Portugal a oferta de acesso a centros de PMA que dispõem, ao mesmo tempo, de condições para realizar DGPI e de laboratório afeto exclusivamente a mulheres portadoras de infeção viral, limitam enormemente 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, alcançando uma gravidez viável e o mais possível saudável.

7. Como em outros casos, o dilema que se coloca é, pois, o de operar uma justa ponderação de interesses ética e socialmente válidos e 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:

az.

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.*

8. Ora, o valor superior é neste caso, o de limitar, no máximo possível, os obstáculos ao acesso dos casais beneficiários ao objetivo último da aplicação das técnicas de PMA, que é o de permitir uma gravidez viável e saudável, daí que seja indesejável a imposição de limitações ao cumprimento dessa finalidade, as quais, porque estão em causa direitos fundamentais de personalidade, devem restringir-se tão só ao que é eticamente exigível tendo em conta os Princípios Estruturantes da Comunidade que lhe devam ser considerados superiores (art.ºs 18º n.º 2 da Constituição da República e 335º n.º 1 do Código Civil).

9. Este princípio restritivo é especialmente válido no que respeita aos obstáculos de natureza patrimonial, como seja a obrigatoriedade de realização de várias e dispendiosas técnicas de PMA quando o mesmo objetivo pode mais facilmente ser alcançado com a utilização de outros procedimentos, ética e socialmente aceitáveis e que implicam menos sacrifícios para o bem-estar, a saúde física e mental, e a situação económica do casal.

10. Aplicando esses critérios à questão em apreço, não sendo os custos deste procedimento consideráveis e, no que respeita aos centros públicos, 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 seja tecnicamente possível obter gâmetas dos membros do casal beneficiário, desde que esta seja a vontade livre, esclarecida e claramente expressa, previamente e por escrito, dos mesmos, é lícito e admissível o recurso a inseminação intrauterina com sémen de dador, com dispensa de DGPI, para o qual exista indicação médica de realização relativamente ao

dy

elemento masculino do casal, e do processamento *in vitro* do material biológico do elemento feminino, quando esta é portadora de doença viral, se não for possível garantir a eficácia e a qualidade dessas células reprodutivas face ao objetivo primordial que é o de alcançar uma gravidez viável e saudável ou se os custos envolvidos constituírem um gasto inoportável e ética e socialmente inexigível para o casal beneficiário.

19 de julho, 2013