

SIMPÓSIO

Perspectivas jurídicas portuguesas e europeias sobre a reprodução assistida

Paula Martinho da Silva

Em todo o mundo, as últimas décadas foram dedicadas à discussão de questões relativas à reprodução: nos anos 60/70, a interrupção da gravidez e os anticoncepcionais; nos anos 80/90, a reprodução assistida e, nos últimos anos, sobretudo, a utilização de embriões em pesquisa e de células estaminais embrionárias.

Embora no campo científico a evolução tenha sido espetacular, a legislação que regula as práticas da reprodução assistida e todas as questões daí decorrentes está longe de ser consensual. Mesmo se nossa análise se circunscrever à Europa, verificamos que é no campo da legislação sobre a reprodução assistida que existem as maiores divergências de princípios no leque de matérias a que a Bioética se debruça. Desde a admissibilidade das técnicas ao anonimato (ou não) do doador de esperma ou de ovócitos à experimentação no embrião, passando pela escolha de sexo, a Europa divide-se tanto quanto a sociedade no tocante a questões como as do estatuto do embrião ou, mesmo, o acesso às técnicas de reprodução assistida.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa, que Portugal ratificou, praticamente não regula esta matéria e nosso país é um dos raros da Europa onde não existe qualquer legislação que discipline as referidas técnicas - não obstante as reuniões científicas sobre o tema, fóruns de discussão ou os pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e o fato de Portugal ser um país onde o recurso às técnicas de reprodução assistida é uma realidade.

Este artigo pretende ser uma ferramenta para auxílio desta discussão.



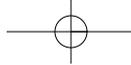
Paula Martinho da Silva
Jurista e membro do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Portugal

Bioética 2003 - vol. 11 - n° 2

Unitermos: reprodução assistida, utilização de embriões, legislação europeia, Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, quadro legislativo português

O panorama europeu, em matéria de legislação sobre reprodução assistida, é de fato um espelho no qual se refletem as divergências e as tendências de opinião ideológica, religiosa, de valores, mas também das incertezas, dúvidas e hesitações que a sociedade civil e, por último, o poder político refletem sobre estas matérias.





Podemos partir do princípio de que tudo o que se centre em torno do começo da vida, do estatuto do embrião, não pode ser consensual. Nem num continente nem num país. Mas nem mesmo em questões aparentemente mais simples, como delimitar o uso e o acesso às técnicas de reprodução assistida, parecem delinear-se linhas comuns de atuação legislativa. Em primeiro lugar, na própria forma como o legislador optou para legislar: opta-se por uma legislação global sobre a reprodução assistida, abrangendo também disposições relativas à utilização de embriões – casos da Alemanha (1), Áustria (2), França (3), Reino Unido (4) e Suécia (5). Noutros países, a reprodução assistida e a utilização de embriões são regulados separadamente – Dinamarca (6) e Espanha (7) – e em outros a atenção do legislador concentra-se exclusivamente na utilização de embriões – exemplos da Finlândia (8) e Holanda (9). Alguns países, como Grécia e Luxemburgo, embora sem legislação mas fazendo uso das técnicas, utilizam *guidelines* que orientam e de certa forma uniformizam a utilização das mesmas.

Portugal, sem legislação, sem *guidelines* e com alguns centros de reprodução assistida públicos e privados em pleno funcionamento, constitui situação incoerente, de difícil sustentação, mas simultaneamente uma oportunidade excepcional para o estabelecimento de uma análise sobre o atual quadro legislativo europeu e, tirando proveito dessa situação, da possibilidade de adequar a realidade científica aos fatos, aplicando-lhe a legislação que tarda em surgir. Torna-se, por outro lado, menos difícil

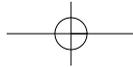
legislar sobre questões pontuais que se encontram de *per se* balizadas, como é o caso, por exemplo, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (10) e a disposição do seu art. 18, relativa à utilização de embriões na pesquisa.

A legislação portuguesa - ou qualquer outra que surja - pela primeira vez neste momento vai, sem dúvida, beneficiar-se da atualização do estado da arte nesta matéria (11) e também das opções legislativas nos outros países e da forma como são aplicadas em cada um, vindo ainda a beneficiar-se das recentes discussões que, sobre a temática, ocorrem em alguns países - como é o caso da França, na discussão da revisão das leis sobre a Bioética.

A situação real também é fator preponderante de decisão, haja vista que se torna mais difícil justificar uma situação de ausência legislativa perante o reconhecimento público do uso das técnicas sem critérios conhecidos e controle de fiscalização.

Seria, pois, aparentemente simples solicitar ao legislador que enunciasse um conjunto de regras básicas de acordo com as quais deveria ser regulado o acesso às técnicas de reprodução assistida e utilização de embriões. Bastaria recolher o que existe nos demais países e traçar os pontos comuns e aceitáveis. Porém, o panorama legislativo internacional é tão multifacetado que se torna extremamente difícil estabelecer parâmetros consensuais: mesmo no quadro dos destinatários das técnicas, consensualmente dirigidas a casais (com possível





SIMPÓSIO

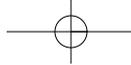
extensão às uniões de fato), apresentam-se exceções a esta regra, como na Espanha (que somente se refere a “mulheres maiores de idade”) ou Dinamarca (onde, embora referindo-se a casais, o acesso é analisado caso a caso, já tendo sido permitido inclusive a casais homossexuais). Fatores igualmente comuns são a necessidade da obtenção de consentimento informado dos doadores e receptores ou a proibição de práticas de maternidade de substituição (nas legislações que a ela se referem). Mas quando adentramos aspectos mais particulares, mas obviamente fundamentais, como o princípio do anonimato do doador, as legislações dividem-se radicalmente. Países como a Dinamarca, França e Espanha aderem ao princípio do anonimato do doador (e mesmo assim a Espanha confere à criança nascida com os recursos das técnicas de reprodução assistida o direito a conhecer uma informação geral que não inclua a identidade), ao contrário de outros, como a Áustria e Suécia, que aderem sem restrições à revelação da identidade do doador (sem que isto signifique reconhecimento de quaisquer direitos e deveres decorrentes da atribuição da paternidade ao doador do esperma). Mas é sobretudo no capítulo da utilização de embriões que as grandes divergências se manifestam.

Sem querer entrar diretamente na questão do estatuto do embrião, matéria aliás sobre a qual nenhuma legislação pretendeu definir, verificamos que nenhuma das legislações conhecidas que no seu articulado definem o que entendem por embrião é convergente quanto à adoção de uma definição comum. Para citar alguns

exemplos, temos a definição dada pela lei alemã (óvulo humano fertilizado susceptível de desenvolvimento, desde sua fusão nuclear); pela lei holandesa (uma célula ou complexo de células com capacidade de se desenvolver num ser humano); pela lei inglesa (quando a fertilização está completa – assim considerada quando do surgimento de um zigoto de duas células); e pela lei espanhola, que faz distinções entre pré-embrião (desde a fecundação até o 14º dia), embrião (do 15º dia até 3 meses) e feto. Em matéria de definições, a percepção da linha comum que poderia separar os países que admitem a utilização de embriões para pesquisa dos que não a aceitam é, igualmente, muito pouco clara. Uma vez mais, o conteúdo da disposição depende da aplicação que o legislador lhe quer dar. Sendo verídico que a maioria dos países que admitem a utilização de embriões para pesquisa refere expressamente que ela só é lícita se para fins terapêuticos, a verdade é que a definição do que se entende por fins terapêuticos para efeitos desta legislação permite desvios à noção tradicional (em benefício direto do embrião e no seu interesse) (12). Assim, sob a definição de fins terapêuticos, vamos encontrar definições que extravasam em muito aquela noção, casos da Bélgica (13), Dinamarca (14), Espanha (15) e Holanda (16).

Podemos, no entanto, assegurar que pelo menos num ponto muito importante – o da criação de embriões humanos com fins de pesquisa – existe um consenso mais generalizado. De fato, para os Estados que ratificaram a Convenção sobre os Direitos do Homem e a





Biomedicina (17) – em Portugal entrou em vigor em 1º de dezembro de 2001 (18) – é aplicável a disposição do art. 18 relativa à pesquisa em embriões *in vitro*, que proíbe a criação de embriões humanos com fins de pesquisa e que, relativamente à pesquisa em embriões *in vitro*, esta só é possível quando admitida por lei e com a garantia de adequada proteção do embrião (19).

Ora, esta disposição do art. 18 levanta algumas questões que também devem ser equacionadas em relação à reprodução assistida. Em primeiro lugar, questiona a operacionalidade da Convenção, sobretudo no que respeita à sua aplicação uniforme em matéria de princípios ao maior número de Estados possível (20). Ainda hoje, Estados-membros do Conselho da Europa, como a Alemanha e o Reino Unido, não assinaram o texto da Convenção por conta da profunda discordância concernente à disposição indicada e por, precisamente, se encontrarem em pólos opostos no tocante à pesquisa em embriões (recorde-se que a Alemanha não permite a pesquisa em embriões; o Reino Unido permite, sob certas condições, a criação de embriões para fins de pesquisa). Não obstante, por força do art. 27 da mesma Convenção, qualquer Estado pode ter legislação que proíba o uso de embriões humanos em pesquisa (21,22).

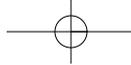
Por outro lado, a possibilidade de pesquisar embriões só é aqui equacionada porque existem embriões *in vitro* - os quais só têm razão de ser porque foi permitida ou tolerada a existência de embriões excedentes no uso das téc-

nicas de reprodução assistida. Por isso, a ênfase dada a esta matéria é pertinente e remete para a questão prévia, que é a da admissibilidade dos embriões excedentes.

Sua existência traz, de imediato, um problema muito complexo em nível ético e jurídico: que uso dar a esses embriões? Porque, para além de implantá-los ou doá-los para adoção, qualquer outra resposta trará dilemas éticos de difícil consenso. Porque destruí-los ou utilizá-los em pesquisa (note-se que no atual estado da técnica qualquer pesquisa em embriões é destrutiva) conduz-nos à questão do próprio estatuto do embrião e qual grau de proteção lhe devemos atribuir. Porque, implicitamente, por via desta disposição se reforça o conceito ético de que o embrião humano não é uma coisa, dele não se pode dispor livremente. Por isso, se um país subscritor da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina entender que deve pesquisar em embriões *in vitro* deverá, em primeiro lugar, consagrá-lo em lei. E não numa lei qualquer, mas numa que garanta sua proteção adequada.

O problema seguinte reside precisamente nessa expressão, simples de dizer mas terrivelmente complexa no executar, “garantir uma proteção adequada ao embrião”. É precisamente aqui que cada Estado tem sua quota-parte de adequação aos valores éticos da sociedade, sempre em prol do princípio de que, acima dos interesses da mesma e da ciência, são colocados os interesses do ser humano - e, neste caso, os do embrião humano. E será nesta ponderação, neste equilíbrio de valores,





SIMPÓSIO

que faz-se preciso encontrar a ponderação e a forma de adequadamente proteger o embrião humano.

Portugal encontra-se, no presente, nesta encruzilhada. Encontra-se numa situação curiosa e única, de ainda não ter legislado em matéria de reprodução assistida. Não por ausência total de referências, porque de fato elas existem (23). Não por ausência de utilização das técnicas, porque de fato elas são praticadas. Mas porque, sucessivamente, o problema tem sido adiado. Poderíamos referir as publicações e eventos realizados nesta área com vistas a proporcionar o debate e a conscientização para os problemas decorrentes desta prática (24). Contudo, realçarei dois ou três aspectos elementares deste percurso: por um lado, os pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (25); por outro, o debate legislativo existente.

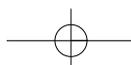
De fato, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) preocupou-se, desde o seu início (26), com a ausência de legislação em Portugal sobre esta matéria, pelo que pretendeu inicialmente informar e debater sobre as questões éticas decorrentes da utilização das técnicas. Em traços gerais, os seus pareceres recomendam (27): aplicação exclusiva a casais heterossexuais; exclusão da inseminação *post mortem*; exclusão da maternidade de substituição; exclusão da criação de embriões para fins exclusivos de pesquisa; exclusão do anonimato do doador; criação de embriões limitada ao número que possa ser implantado; experimentação somente em

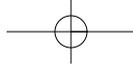
benefício do embrião; exclusão da experimentação destrutiva.

O pensamento ético refletido nos pareceres do CNECV parte do princípio da dignidade humana, desenvolvendo-se ao longo dos princípios da não-instrumentalização da pessoa humana (cada ser humano é reconhecido como um fim e não um meio) e da liberdade ética (no sentido da libertação de pressões exteriores ou interiores que impeçam a auto-realização pessoal, na linha daquilo que se é ou se virá a ser) (28).

Ao longo dos anos, foi-se acentuando a preocupação manifestada pela ausência de legislação, tanto que o CNECV, no seu V Relatório sobre o Estado de Aplicação das Novas Tecnologias à Vida Humana (1998), recomenda "(...) a urgentíssima publicação (...) da lei sobre procriação medicamente assistida, cuja inexistência representa uma grave lacuna no nosso ordenamento jurídico e uma inexplicável situação, contrastante com o que se verifica em quase todos os países europeus". E apesar do veto presidencial do Decreto n.º 415/VII (que regula as técnicas de procriação medicamente assistida), é reconhecida na própria justificação do veto "(...) não existindo, entre nós, qualquer enquadramento jurídico específico nesta matéria, urge criá-lo em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (...)" (29).

Anos passados sobre esta discussão, a realidade continua imperturbável: as técnicas continuam a ser utilizadas e as regras não são uni-





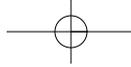
formizadas. O projeto de lei (visando regular as técnicas de reprodução assistida) apresentado em meados de 2002 na Assembleia da República e o relançar do debate sobre o uso de embriões humanos em pesquisa científica (30) reforçam a idéia de que esta matéria não pode ser ignorada e a urgência de que se adotem medidas legislativas não só para o futuro mas também para fazer face às situações existentes, particularmente às relativas aos embriões *in vitro* congelados e para os quais não existe qualquer projeto parental.

Em resumo, “a sociedade portuguesa terá de decidir se a sua leitura da dignidade humana deve ou não restringir a aplicação daquilo que é tecnicamente possível e, em caso afirmativo, com que critérios. Terá também de deci-

dir se esses critérios devem ser deixados à consciência individual ou se é necessário que façam parte de um acordo social. Terá ainda de pronunciar-se sobre o processo da procriação humana, perguntando-se se ele é totalmente redutível a aspectos científicos e técnicos ou se, pelo contrário, inclui valores simbólicos, inscritos na estrutura psíquica da pessoa humana. E, acima de tudo, tem de cuidar das gerações vindouras e evitar que elas a venham acusar de um tecnologismo desumanizante” (31).

Não só a sociedade portuguesa, acrescentaria, mas as sociedades em geral que pretendem percorrer o caminho do progresso, do conhecimento, mas também da coerência e, sobretudo, da dignidade humana





SIMPÓSIO

RESUMEN

Perspectivas jurídicas portuguesas y europeas sobre la reproducción asistida

En todo el mundo, las últimas décadas fueron dedicadas a la discusión de temas relacionados a la reproducción: en los años 60 y 70, la interrupción del embarazo y los anticonceptivos; en los años 80 y 90, la reproducción asistida y, en los últimos años, especialmente, la utilización de embriones en la investigación y de células estaminales embrionarias. Aun que en el campo científico la evolución haya sido espectacular, la verdad es que la legislación que regula las prácticas de la reproducción asistida y todas las interrogantes derivadas está lejos de ser consensual.

Inclusive si nuestro análisis se circunscribe a Europa, verificamos que es en el campo de la legislación sobre la reproducción asistida que existen las mayores divergencias de principios en el abanico de materias donde la Bioética se concentra. Desde la admisibilidad de las técnicas, al anonimato (o no) del donador de esperma o de óvulos; la experimentación en el embrión, pasando por la elección del sexo. La sociedad europea se divide cuando se trata de cuestionamientos como los del estatuto del embrión o, inclusive, el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

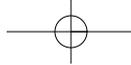
La Convención de los Derechos del Hombre y la Biomedicina del Consejo de Europa, que Portugal ratificó, prácticamente no regula esta materia y Portugal es uno de los raros países de Europa donde no existe ninguna legislación que discipline las referidas técnicas, no obstante las reuniones sobre el tema, forum de discusión o los pareceres del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida.

Siendo Portugal un país donde el recurso de las técnicas de reproducción asistida es una realidad, se hace imperativo realizar un estatuto comparativo tan detallado como sea posible de las diferentes tendencias legislativas en Europa y de sus puntos consensuales, para proporcionar a la sociedad instrumentos de discusión que posibiliten una reflexión científica, jurídica y, principalmente, ética y social.

Esta comunicación pretende ser una herramienta a ser utilizada en esta discusión.

Unitérminos: reproducción asistida, utilización de embriones, legislación europea, Convención sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, cuadro legislativo portugués





ABSTRACT

Portuguese and european legal perspectives on assisted reproduction

Throughout the world the last few decades were dedicated to reproduction-related discussions: in the 60s/70s they centered around contraception and the interruption of pregnancy, in the 80s/90s they focused on assisted reproduction, and in the last years they have come to focus on the use of human embryos in research and in the use of embryo stem cells.

Although evolution has been spectacular in the scientific field, the truth is that the legislation that regulates assisted reproduction practices and almost all related matters is far from being consensual.

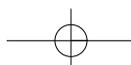
Even when limiting the analysis of bioethics matters to Europe, it is possible to see that the greatest differences of opinion can be found in legislation on assisted reproduction. Europe is as divided as society as a whole in such matters as the human embryo statute, access to assisted reproduction techniques, the anonymity of sperm or oocyte donors, embryo experimentation and gender choice.

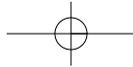
The Convention on Human Rights and Biomedicine of the European Council that Portugal ratified supplies almost no legislation on the subject. In spite of the scientific meetings, discussion forums and reports of the National Ethics Council for Life Science, Portugal is one of the rare European countries where there is no legislation to discipline the said techniques.

Considering that access to assisted reproductive techniques is a reality in Portugal, it becomes mandatory to undertake a comparative study that is as detailed as possible in order to establish the different European legislative trends and their consensual points. This will in turn provide civil society with the necessary discussion tools to reflect upon not only the scientific and legal but especially the ethical and social aspects involved.

This paper is intended to be used as a discussion tool.

Uniterms: assisted reproduction, use of human embryos, european legislation, Convention on Human Rights and Biomedicine, portuguese legislative panorama



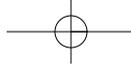


SIMPÓSIO

REFERÊNCIAS

1. Alemanha. *Lei de proteção ao embrião*. 1990.
2. Áustria. *Lei de medicina procriativa*. 1992.
3. França. *Lei sobre doação e uso de partes do corpo humano e derivados, procriação médica assistida e diagnóstico pré-natal*. 1994.
4. Reino Unido. *Lei sobre fertilização humana e embriologia*. 1990.
5. Suécia. *Lei sobre investigação e tratamento envolvendo óvulos humanos fertilizados*.
6. Dinamarca. *Lei sobre reprodução medicamente assistida: lei sobre comitês científicos de ética e sobre projetos de investigação biomédica*. 1992.
7. Espanha. *Lei sobre técnicas de reprodução assistida: lei sobre doação e uso de embriões e fetos humanos, suas células, tecidos ou órgãos*. 1988.
8. Finlândia. *Lei sobre investigação médica*. 1999.
9. Holanda. *Lei sobre embriões*. 2002.
10. A *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina) do Conselho da Europa*.
11. *Pense-se, por exemplo, na recente discussão sobre a investigação em células estaminais embrionárias, que há poucos anos não se colocava*.
12. *Como é o caso das legislações alemã, austríaca e francesa (pelo menos durante a vigência da lei de 1994)*.
13. *Estudos de infertilidade e esterilidade, transplante de órgãos e tecidos, doenças congênitas ou genéticas, cancro*.
14. *Só para melhoramento das técnicas de reprodução assistida*.
15. *Para usos terapêuticos, de diagnóstico ou profiláticos, mas só utilizada no “pré-embrião”*.
16. *Desde que se espere que conduza a novos conhecimentos no campo das ciências médicas que não possam ser obtidos com o recurso a outros métodos*.
17. *Em novembro de 2002, assinaram e ratificaram a Convenção a Dinamarca, Espanha, Grécia e Portugal; assinaram, mas ainda não ratificaram, a Finlândia, França, Holanda, Itália, Luxemburgo e Suécia*.
18. Portugal. Decreto nº 1, de 3 de janeiro de 2001.
19. Silva PM. *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina anotada*. Lisboa: Cosmos, 1997.
20. *Note-se que a Convenção pode ser assinada e ratificada não só pelos Estados-membros do Conselho da Europa mas igualmente pelos Estados não-membros que participaram na sua elaboração, da Comunidade Europeia ou para qualquer Estado não-membro*.
21. *O artº 27 dispõe que “nenhuma das disposições da Convenção poderá ser interpretada no sentido de limitar*





ou prejudicar a faculdade de cada parte conceder uma proteção mais ampla do que a prevista na Convenção”.

22. Instituto de Bioética. *Direitos do Homem e Biomedicina*. Lisboa: Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.

23. *Em Portugal destacam-se, com maior relevo, as seguintes disposições: artº 67, nº 2 e) Constituição da República Portuguesa “(...) incumbe ao Estado, para proteção da família (...) regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (...)” ; Lei nº 3, de 24 de março de 1984, artº 9º, nº 5 (“Tratamento da esterilidade e inseminação artificial): “O Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade”; artº 168, Código Penal português: “Quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”; artº 1.839, nº 3, Código Civil português: “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”; Decreto-Lei nº 319, de 25 de setembro de 1986: “Estabelece normas relativas à disciplina e atividade dos bancos de esperma”, mas nunca foi regulamentado.*

24. *Neves MCP. Comissões de ética: das bases teóricas à actividade quotidiana. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002.*

25. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Portugal) Pareceres 3/CNE/93 e 23/CNECV/98 sobre reprodução medicamente assistida e Parecer 15/CNECV/95 sobre experimentação no embrião.*

26. *O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida foi criado pela Lei nº 14, de 9 de junho de 1990, começando a funcionar em janeiro de 1991.*

27. *O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida é um órgão independente e consultivo.*

28. *Archer L. Procriação medicamente assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1999. Brotéria 2000;150:337-67.*

29. *Portugal. Diário da Assembleia da República, II Série-A nº 82, 3 de agosto de 1999.*

30. *Em fevereiro de 2003 foi apresentado para discussão pública um “Livro Branco” sobre o uso de embriões humanos em investigação científica, elaborado pelo professor Daniel Serrão a pedido do Ministério da Ciência e do Ensino Superior.*

31. *Archer L. Op.cit., 2000.*

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

*Amoreiras, Torre 2, 16º
1070-274
Lisboa – Portugal*

