

Susana Silva e Luísa Veloso (coordenadoras)

REPRESENTAÇÕES JURÍDICAS DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS

CONTRIBUTOS PARA UMA REFLEXÃO

2009 **U.PORTO** editorial

ÍNDICE

PREFÁCIO	9
<i>Helena Machado</i>	
NOTAS SOBRE AS AUTORAS	13
OS USOS SOCIAIS DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS UM DEBATE URGENTE	15
<i>Susana Silva e Luísa Veloso</i>	
1 A RETÓRICA LEGAL EM TORNO DA REPRODUÇÃO	21
<i>Judit Sándor</i>	
1.1 INTRODUÇÃO	22
1.2 O ENQUADRAMENTO LEGAL EUROPEU E AS ATITUDES JURÍDICO-LEGAIS NA HUNGRIA	25
1.3 LIBERDADE E SAÚDE REPRODUTIVAS	28
1.4 O DIREITO À DISPOSIÇÃO DE GÂMETAS E EMBRIÕES	30
1.5 DEBATES SOBRE A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO	32
1.6 DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO: QUESTÕES LEGAIS E ÉTICAS	34
1.7 A SELECÇÃO DO SEXO DA CRIANÇA A NASCER	36
1.8 REGULAR AS TÉCNICAS DE RMA: QUANDO E COMO?	37

2 A REGULAÇÃO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA EM PORTUGAL: AGENTES, CONTEXTOS E PROCESSOS	45
<i>Amélia Augusto</i>	
2.1 PRODUÇÃO E PRODUTORES DE SIGNIFICADOS	46
2.2 OS DEBATES EM TORNO DA REGULAÇÃO DA RMA: AGENTES E CONTEXTOS	48
2.3 REGULAÇÃO: A LEI N.º 32/2006	54
3 PODER PARENTAL SOBRE OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	61
<i>Vera Lúcia Raposo</i>	
3.1 NATUREZA DO PODER PARENTAL SOBRE OS EMBRIÕES	62
3.2 A EXISTÊNCIA DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	63
3.3 OS CONFLITOS DE VONTADE	64
3.4 LEGITIMIDADE DECISÓRIA	65
3.5 SOLUÇÕES TEORICAMENTE POSSÍVEIS PARA DESBLOQUEAR EVENTUAIS CONFLITOS —	66
3.6 DECISÕES JUDICIAIS RELEVANTES	68
3.6.1 CASO DAVIS	69
3.6.2 CASO KASS	70
3.6.3 CASO NACHMANI	71
3.6.4 CASO EVANS	72
3.7 BREVE EXCURSO SOBRE AS SOLUÇÕES APRESENTADAS	76
3.8 PROPOSTA PARA UMA NOVA SOLUÇÃO	78

4 DIREITO, GENÉTICA E FAMÍLIA: O CASO DA DOAÇÃO DE GÂMETAS EM PORTUGAL	83
<i>Susana Silva</i>	
4.1 INTRODUÇÃO	84
4.2 A VERDADE GENÉTICA E A IDENTIDADE INDIVIDUAL	88
4.3 A REGULAÇÃO DO PARENTESCO E A GENERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO	90
4.4 CONCLUSÃO	92
GLOSSÁRIO	101

NOTAS SOBRE AS AUTORAS

Amélia Augusto é Doutorada em Sociologia, Professora Auxiliar no Departamento de Sociologia da Universidade da Beira Interior e Vice-Presidente do Centro de Estudos Sociais da Universidade da Beira Interior (UBI/CES). A sua área privilegiada de investigação tem sido a da construção social da infertilidade e o mapear da realidade portuguesa da infertilidade e da reprodução medicamente assistida. A tese de doutoramento, intitulada *Infertilidade e reprodução medicamente assistida em Portugal: dos problemas privados aos assuntos públicos* (2005) deu origem a diversas publicações.

Judit Sándor é Doutorada em Ciência Política e Direito, Professora Associada de nomeação definitiva da Faculdade de Estudos Legais e da Faculdade de Estudos de Género da Central European University, Budapeste, Hungria e Directora do Centre for Ethics and Law in Biomedicine. Os seus interesses de investigação estão relacionados com a ética e o direito biomédicos, em particular no âmbito das tecnologias reprodutivas e genéticas. É responsável por diversos projectos de investigação e é autora, co-autora e organizadora de diversas publicações nestes domínios, nomeadamente *Society and Genetic Information. Codes and Laws in the Genetic Era* (2003, Central European University Press).

Luísa Veloso é Licenciada e Doutorada em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Obteve o grau de Mestre em Políticas e Gestão de Recursos Humanos pelo Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. A sua principal área científica de investigação é a da Sociologia do Trabalho e das Organizações, tendo interesse noutras áreas científicas como a Gestão dos Recursos Humanos, o Emprego, as dinâmicas de Investigação e Desenvolvimento na indústria, a problemática das identidades profissionais e dos processos de aprendizagem, a Sociologia da Ciência e a Sociologia da Inovação. Actualmente é investigadora do Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES/ISCTE) e investigadora associada do Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto. De entre publicações várias, refira-se o livro *Empresas, identidades e processos de identificação* (2007, Editora UP).

Susana Silva é Licenciada e Mestre em Sociologia pela Universidade do Minho e Doutorada em Sociologia pela Universidade do Porto. É investigadora associada do Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto e membro associado do Centro de Investigação em Ciências Sociais da Universidade do Minho. Na investigação privilegia a análise dos processos de (con)formação mútua da medicina, da tecnologia, do direito e do género no âmbito das tecnologias médicas de reprodução assistida em Portugal, em particular as interacções entre o conhecimento científico e outras formas de conhecimento, o consentimento informado e a retórica envolvida na doação de gâmetas e de embriões. De entre várias publicações, destaca-se o livro *Justiça Tecnológica: promessas e desafios* (2008, Ecopy).

Vera Lúcia Raposo é Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A sua área privilegiada de investigação tem sido o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos, reprodutivos e sexuais. Na qualidade de aluna de doutoramento, tem vindo a desenvolver investigação no âmbito das novas tecnologias reprodutivas. É autora e co-autora de diversas publicações nestes domínios, nomeadamente *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição* (2005, Coimbra Editora).

1 A RETÓRICA LEGAL EM TORNO DA REPRODUÇÃO*

JUDIT SÁNDOR

Este texto aborda os dilemas, as terminologias e os dispositivos retóricos que caracterizam os actuais debates jurídico-legais em torno das novas tecnologias de Reprodução Medicamente Assistida (RMA). Partindo da análise do caso da lei húngara, a autora pretende reflectir sobre alguns dos problemas que o direito enfrenta quando procura regular um domínio que envolve discussões de cariz ético.

A reprodução medicamente assistida não é apenas uma terapia. Aos seus usos e aplicações estão associados interesses científicos e comerciais, muitas vezes ocultados e desconhecidos pelos clientes que procuram os serviços das clínicas de medicina da reprodução. Na Hungria, por exemplo, os debates públicos em torno das problemáticas reprodutivas, incluindo as técnicas de RMA, são muitas vezes contextualizados num conjunto de promessas demográficas. De acordo com os principais apoiantes destas tecnologias, nomeadamente os médicos, os políticos e os *media*, as clínicas de fertilidade são perspectivadas como instituições que visam melhorar as estatísticas demográficas do país ao ajudar os casais inférteis a procriar. Já os grupos sociais e religiosos que se opõem a estas tecnologias criticam determinados procedimentos médicos com base em argumentos de natureza moral. O debate em torno das tecnologias reprodutivas estrutura-se em torno de dois tópicos fundamentais: uma dupla moralização da cidadania, por um lado, e as ameaças de eugenismo e de engenharia social, por outro lado. Esta discussão obedece a uma estrutura significativamente diferente daquela que caracteriza os debates clássicos nas problemáticas da RMA, nos quais se destaca a conflitualidade entre a possibilidade de exercer uma “escolha” e a defesa do direito à “vida”.

Em termos legais, surge ainda uma outra dificuldade. Apesar de existir um reconhecimento generalizado das liberdades reprodutivas, a reprodução

não é perspectivada como um assunto exclusivamente privado. Esta situação acontece porque existe a necessidade legítima de proteger os interesses das crianças, à qual se tem vindo a juntar a protecção dos interesses ambíguos das futuras crianças. A esta argumentação acrescem razões que se apoiam em preocupações demográficas, de que são exemplo os actuais debates promovidos na Hungria em torno da RMA, da selecção do sexo e da esterilização voluntária.

1.1 INTRODUÇÃO

O primeiro bebé nascido por fertilização *in vitro* ficou famoso e é ainda conhecido pelo seu nome: em 1978 nasceu a inglesa Louise Brown em frente a diversas câmaras de filmar. Os médicos que lideraram as equipas responsáveis por tais acontecimentos tornaram-se verdadeiras estrelas nos seus países de origem. René Frydman, por exemplo, foi o obstetra que acompanhou o nascimento da primeira criança concebida por intermédio desta técnica em França (Amandine, em 1982) e participou no primeiro projecto de gestação a partir de um embrião criopreservado. Desde então, tem assinado diversas publicações sobre as implicações médicas, religiosas e éticas das designadas técnicas de RMA.

Aqueles que ainda hoje criticam e/ou rejeitam as aplicações das técnicas de RMA¹² alegam muitas vezes que estas intervenções médicas transformam a intimidade, a naturalidade e o carácter incidental da reprodução humana em questões de natureza meramente técnica, afigurando-se o médico como um actor chave neste processo (Frydman, 1997). Na realidade, estas intervenções contribuem para a medicalização quer da gestação, quer da reprodução em geral. Os casais envolvidos em tratamentos de fertilidade, em particular as mulheres, submetem-se a um conjunto de testes médicos e de tratamentos hormonais e, em muitos casos, uma criança só irá nascer após uma série de tratamentos sem sucesso, que podem prolongar-se por vários anos. As próprias técnicas de RMA são um produto do desenvolvimento científico e tecnológico: a possibilidade de existir fertilização fora do corpo da mulher, assim como uma série de outros desenvolvimentos posteriores, deve-se, em primeira instância, ao surgimento da laparoscopia, uma técnica de estudo da fertilidade que per-

mite visualizar os órgãos pélvicos através da inserção do endoscópio junto ao umbigo. Apenas uma minoria rejeita actualmente a RMA com base em argumentos legais. É o caso, por exemplo, de Spoerl (2000), segundo o qual não pode haver lugar à presunção do interesse da futura criança na RMA, porque esta ainda não foi concebida. Este autor entende ainda que o consentimento informado no âmbito da fertilização *in vitro* é moralmente inadmissível, uma vez que tal consentimento apenas autoriza que a criança seja um meio para satisfazer as necessidades e os desejos dos potenciais pais.

A inicial condenação das técnicas de RMA enraizou-se num argumento básico: a rejeição de qualquer intervenção na ordem natural. Esta argumentação tornou-se insustentável perante a constatação da existência de crianças saudáveis e de progenitores felizes como resultado da aplicação destas técnicas, o que, por sua vez, terá fortalecido o apoio societal às mesmas, incluindo os países onde a religião tinha um grande poder de influência sobre as decisões políticas e as posições legais em matéria de reprodução humana. A crescente medicalização da gestação, gravidez e contracepção terá contribuído para fragilizar ainda mais tal argumentação: a contracepção é aceite e praticada em muitas partes do mundo; nascem cada vez mais crianças por intermédio de cesarianas; o trabalho de parto é frequentemente iniciado com injeções de ocitocina; algumas mulheres recorrem à analgesia epidural durante o parto; entre outros factores.

Não obstante a influência da literatura crítica e a existência de proibições religiosas¹³, muitas pessoas perspectivam a medicina reprodutiva como uma história de sucesso. Mesmo em países onde as técnicas de RMA não são financiadas pelos sistemas de saúde, as clínicas de fertilidade são muitas vezes rentáveis. As histórias de vida contadas por casais felizes acerca das famílias que constituíram por intermédio destas técnicas têm servido de inspiração a directores cinematográficos e escritores.

Ainda assim, ao longo dos últimos vinte anos, algumas intervenções no âmbito da fertilização *in vitro* têm envolvido experimentações ousadas e, nalguns casos, fracassadas. Quando estas técnicas começaram a ser aplicadas, não havia lugar à criopreservação de embriões não utilizados e era frequente a ocorrência de casos de gravidez múltipla; em determinadas circunstâncias, eram transferidos para o útero da mulher cinco embriões, havendo necessidade de recorrer mais tarde a uma redução selectiva de fetos. As baixas taxas de

sucesso iniciais não eram publicadas. Os desenvolvimentos científicos e tecnológicos eram contínuos e todas as clínicas de renome tentavam acompanhá-los ou até mesmo contribuir para a expansão das tecnologias reprodutivas.

Nos anos noventa surge a injeção intracitoplasmática de espermatozoides¹⁴, técnica que foi introduzida sem ter sido previamente testada em animais. Apesar de esta técnica ter ajudado a resolver diversos casos que até então eram considerados quase sem esperança, os riscos que lhe estão associados ainda hoje não podem ser descurados. A expansão do leque das técnicas de RMA disponíveis tem contribuído para estabelecer uma separação entre as funções reprodutivas e os tradicionais papéis parentais num crescente número de situações, elementos que eram anteriormente considerados inseparáveis.

Importa atender à forma como estas enormes mudanças ocorreram com alguma facilidade e como o público em geral as aceitou sem grandes controvérsias morais e sem hesitações, em particular o facto de algumas crianças não nascerem através dos mecanismos de reprodução “naturais” e de, em determinados casos, a própria reprodução se desviar da “ordem natural”. A regulação da reprodução na maioria dos países Europeus tem veiculado a ideia de que as técnicas de RMA são sobretudo técnicas terapêuticas que têm como objectivo ajudar casais inférteis que não conseguem conceber e/ou gerar uma criança de uma forma “natural”. Para além da questão da sua aceitabilidade, a emergência das técnicas de RMA levantou um conjunto de novas questões éticas e legais, que devem ser incluídas em enquadramentos coerentes no que concerne a regulação da reprodução.

Ainda que a eficiência das técnicas de RMA tenha registado uma melhoria significativa ao longo do tempo, não deixa de ser preocupante a forma como a opinião pública se mostra optimista em relação às respectivas taxas de sucesso¹⁵. Obviamente, os casais são mais relutantes em divulgar uma longa experiência de insucessos do que publicitar casos bem sucedidos, cujo final resultou no nascimento de uma criança há muito esperada, mesmo após diversas tentativas falhadas. Também as instituições que oferecem técnicas de RMA estão interessadas em aumentar as taxas de sucesso.

Apesar de existirem motivos de exaltação da medicina da reprodução, esta também enfrenta dificuldades ao longo das suas intervenções, nas quais se depara com diversas questões éticas. A própria medicalização do parto e da reprodução já é, em si mesma, uma matéria que exige reflexões de cariz

ético. Para além desta situação, novos dilemas éticos surgem como resultado das técnicas de RMA (Donovan, 1986). Por exemplo, o enredo que envolve a procura de sucesso tem justificado a punção e inseminação de mais do que um óvulo, o que, por sua vez, levanta questões relacionadas com o direito à disposição de múltiplos embriões excedentários, o qual está indirectamente associado aos dilemas éticos colocados pela investigação em embriões *in vitro* e em células estaminais embrionárias.

Na maioria dos casos, o direito parece ceder perante a procura de técnicas de RMA ao permitir a realização de uma parte significativa das intervenções médicas neste domínio, ainda que muitas das vezes de forma assimétrica e inconsequente. Entretanto, a maioria dos países Europeus aguarda com expectativa a regulamentação do acesso a estas tecnologias e das respectivas questões éticas, não confiando a delegação desta tarefa ao mercado e à indústria.

1.2 O ENQUADRAMENTO LEGAL EUROPEU E AS ATITUDES JURÍDICO-LEGAIS NA HUNGRIA

Em termos legais e éticos, o Relatório da Comissão Warnock é o primeiro documento que merece destaque. Este Relatório foi publicado em 1984 e reúne os contributos de 350 organizações, assim como 696 sugestões individuais. Infelizmente, as propostas que daqui resultaram só serão publicadas na íntegra em 2014; neste momento só se encontra disponível o texto principal do Relatório, sendo ainda desconhecidos diversos materiais que estiveram na base da sua elaboração. Ainda assim, este Relatório, por si só, tem exercido uma influência significativa nas regulações produzidas no âmbito da reprodução humana em quase todos os Estados europeus (Riviere, 1985).

Apresentar um panorama dos principais modos de regulação legal da RMA na Europa afigura-se uma tarefa complicada, sobretudo porque existem diversas visões em torno das questões éticas e de segurança que são suscitadas por estas técnicas. A doação de óvulos é proibida em diversos países e alguns destes também não permitem a doação de esperma. Existem países em que até a maternidade de substituição é legal.

A lei Austríaca¹⁶ proíbe a doação de gâmetas e a doação de embriões e não autoriza a realização do diagnóstico genético de pré-implantação. Na Bélgica,

o acesso às técnicas de RMA é relativamente generalizado: a investigação em embriões é legal desde que tenha finalidades terapêuticas. De acordo com as disposições legais existentes na Dinamarca¹⁷, só podem doar óvulos as mulheres que também participam em tratamentos que envolvam técnicas de RMA, o que significa que só podem ser doados a outro casal os óvulos excedentários que não são usados pela mulher que lhes deu origem. Na Noruega, é ilegal fazer investigação em embriões humanos – incluindo a investigação em células estaminais embrionárias – e a maternidade de substituição é proibida. Na Suécia¹⁸, está legalizada a doação de gâmetas, mas não a doação de embriões. As regulações também diferem no que concerne a interpretação da idade reprodutiva: na Dinamarca as técnicas de RMA só podem ser usadas por pessoas com menos de 45 anos, enquanto na Grécia tal limite está fixado nos 50 anos. Em França, a RMA só pode ser usada com propósitos terapêuticos e por casais heterossexuais. Na Alemanha¹⁹, só têm acesso a estas técnicas os casais heterossexuais, de preferência casados. Apesar de as clínicas italianas terem começado a adoptar práticas relativamente liberais, em 2004²⁰ foi adoptada neste país uma das leis mais restritivas da Europa. Já o enquadramento legal espanhol é relativamente liberal: é autorizada a inseminação *post-mortem* e as mulheres solteiras têm acesso às tecnologias reprodutivas.

A diversidade de enquadramentos jurídico-legais tem contribuído para a multiplicação de formas de turismo reprodutivo na Europa: alguns cidadãos holandeses recorrem à injeção intracitoplasmática de espermatozoides na Bélgica; os noruegueses viajam para a Dinamarca à procura de espermatozoides; e, mais recentemente, as restrições legais criadas em Itália provocaram um movimento turístico em massa em direcção à Croácia.

No conjunto dos países europeus, a Hungria enquadra-se nas tradições regulatórias mais liberais, uma vez que a Lei Húngara dos Cuidados de Saúde de 1997 legaliza a doação de gâmetas e de embriões. A primeira versão desta lei previa a legalização da maternidade de substituição, mas dois anos mais tarde, ainda antes da sua entrada em vigor, tais disposições foram alteradas, proibindo-se esta prática. Porém, cerca de oito anos depois (em 2005), esta regulação não era progressista: a medicina da reprodução estava em constante mudança e, entretanto, a investigação em células estaminais e os testes de diagnóstico genético tinham-se desenvolvido significativamente; também as imagens sociais acerca da RMA tinham registado alterações, tal como a própria sociedade²¹.

As problemáticas associadas à reprodução também são importantes em termos políticos, desde logo por razões demográficas, como ilustra a recente Resolução do Parlamento Húngaro relativa à gestão de determinados problemas no âmbito da infertilidade (Resolução n.º 62, de 28 de Junho de 2005). Entre outros aspectos, neste documento o Parlamento concede o prazo de um ano ao Governo para este elaborar propostas que assegurem, quer o acesso aos tratamentos de infertilidade nos casos de situações financeiras desfavoráveis e/ou de pobreza, apoiando em particular os casais indigentes, quer a publicação das taxas de sucesso dos centros que administram técnicas de RMA.

À legislação húngara subjaz uma concepção amigável destas técnicas, como ilustra a Lei n.º LVII de 2005, que introduziu nas normas que regulam os procedimentos na RMA as protecções consagradas no direito do trabalho. O empregador não pode despedir voluntariamente um trabalhador durante os tratamentos médicos, a gravidez, nos três meses após o nascimento da criança e ao longo do período de licença de maternidade²². O trabalhador deverá ainda ser dispensado da obrigação de trabalhar durante o período de tempo em que decorre o tratamento.

Para além dos aspectos comerciais e demográficos, há também que atender às questões éticas. Apesar de as intervenções realizadas no âmbito da RMA envolverem muito mais do que meros procedimentos médicos, o debate ético não é dominante na Hungria, onde impera um optimismo científico: os húngaros geralmente antecipam o sucesso das intervenções biomédicas e tendem a não manifestar dúvidas em relação às mesmas. Na altura em que a Lei Húngara dos Cuidados de Saúde estava a ser preparada (Lei n.º CLIV de 1997), os dados disponíveis sobre as taxas de sucesso individuais dos centros que ministravam técnicas de RMA eram escassos e, como tal, a elaboração desta Lei baseou-se sobretudo em experiências internacionais.

Neste momento, os húngaros tendem a optar por uma abordagem pragmática que rejeita uma racionalidade baseada em valores e princípios, como ilustram os dados do inquérito Eurobarómetro, publicados em Junho de 2005. De acordo com estes resultados, os húngaros estão muito menos dispostos a contemplar o objectivo e significado da vida do que os cipriotas, por exemplo. Uma outra questão incluída no inquérito Eurobarómetro pretende saber a opinião dos inquiridos quanto aos elementos que devem fundamentar as decisões no âmbito da ciência e da tecnologia – a avaliação

dos riscos e dos benefícios ou, em alternativa, os aspectos éticos, e uma significativa proporção de inquiridos húngaros concorda com a análise dos riscos e dos benefícios. Cinquenta e três por cento dos europeus que responderam a este inquérito acreditam que a protecção da dignidade da vida que ainda não nasceu será um valor importante nos próximos 10 anos, opinião que agrega maior consenso em Malta (setenta e quatro por cento), na Grécia e na Irlanda, sendo partilhada por apenas trinta e sete por cento dos húngaros e dos lituanos.

1.3 LIBERDADE E SAÚDE REPRODUTIVAS

Quando se demonstrou que a saúde das crianças não seria seriamente prejudicada pelo facto de estas terem nascido como resultado de técnicas de RMA, os debates em torno das suas aplicações voltaram-se para outras questões, nomeadamente: quais os seus impactos ao nível das relações familiares? Que problemas podem surgir quanto à disposição dos gâmetas e dos embriões (Robertson, 2004)?

A liberdade reprodutiva (Cook *et al.*, 2003) significa, em primeiro lugar, o respeito pelas decisões individuais em matéria reprodutiva, pelo que esta pode ser formulada como uma liberdade negativa (Harris; Holem, 2000). Já a saúde reprodutiva implica obrigações positivas, de forma a tornar operacional o sistema de cuidados de saúde. Face à coexistência de diferentes abordagens filosóficas no campo da reprodução humana, deparamo-nos com enquadramentos jurídico-legais distintos no que diz respeito à legalização do acesso aos cuidados reprodutivos por parte de pessoas singulares, mais velhas e não-heterossexuais.

Nos primeiros tempos, a regulação da acessibilidade aos serviços de saúde no âmbito da medicina da reprodução baseou-se no modelo de família tradicional e, como tal, o acesso à RMA estava limitado a casais heterossexuais que não concebiam e/ou geravam uma criança de outra forma. Esta situação é muito semelhante àquela que se vive ainda hoje na Hungria, apesar de haver cada vez mais pessoas a viverem sozinhas ou divorciadas. Já na Bélgica, Holanda e Espanha as mulheres solteiras têm acesso às técnicas de RMA. Nos casos que envolvem pessoas singulares, a respectiva orientação sexual não é

geralmente escrutinada, até porque tal avaliação poderia ser perspectivada como uma prática discriminatória.

Compreende-se que as legislações restritivas sejam mais comuns nos países em que as técnicas de RMA são financiadas pelo sistema de saúde e onde existe um controlo da capacidade dos serviços (como é o caso da Hungria) do que nos países onde tais práticas são parcial ou totalmente liberalizadas. Na Dinamarca, por exemplo, o financiamento destas técnicas depende da idade dos beneficiários, só sendo subsidiados os serviços prestados a utilizadores com menos de 45 anos. No Chipre tal limite está fixado nos 40 anos. A governação da idade reprodutiva não depende apenas de elementos biológicos, mas também da alegação da necessidade de os potenciais pais poderem acompanhar o crescimento do/a respectivo/a filho/a²³.

Há cada vez mais países europeus a considerar que o casamento não é o único meio de estabelecer uma família, assistindo-se a uma progressiva legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de os sistemas jurídico-legais terem abolido a maior parte das formas de discriminação baseadas na orientação sexual, no campo da RMA, ainda domina o controlo do acesso à parentalidade com base nesse elemento, alegando-se a centralidade da protecção dos direitos da criança na legislação. As regras que regulam o campo da reprodução humana são mais abundantes na generalidade dos países europeus do que nos EUA. Neste país a oferta dos serviços de medicina da reprodução é delegada no mercado, tendo-se recentemente verificado uma abolição parcial de diversas formas de discriminação com base na orientação sexual. Quando existe uma regulação deste domínio no sector privado, as considerações de natureza legislativa e jurídica, a existirem, centram-se mais no casamento e na sexualidade do que na qualidade de vida das crianças.

Na Hungria, só pode aceder às técnicas de RMA um casal casado ou com uma relação estável, desde que seja muito provável que o casal em causa não gere uma criança saudável de forma “natural” por motivos de saúde relacionados com qualquer um dos seus elementos (infertilidade, por exemplo). No caso das uniões estáveis, é ainda exigido que os parceiros não sejam casados com outra pessoa²⁴.

1.4 O DIREITO À DISPOSIÇÃO DE GÂMETAS E EMBRIÕES

Para além da legislação sobre quem pode aceder a técnicas de RMA, uma outra problemática legal diz respeito à natureza do direito exercido pelos/as potenciais “pais/mães” quanto à disposição dos respectivos óvulos, sémen e embriões. Há três soluções possíveis para este problema, baseadas no direito à disposição do próprio corpo, no direito de propriedade ou no direito dos potenciais progenitores. A disposição conjunta do embrião evoca os futuros direitos comuns a ambos os progenitores no que concerne às suas responsabilidades parentais e, ao mesmo tempo, indicia as regras sobre os regimes de partilha de bens comuns indivisíveis (Overall, 1995).

Uma característica específica da legislação húngara diz respeito ao facto de as mulheres só poderem aceder a técnicas de RMA após o término do casamento ou da relação estável em que estavam envolvidas, desde que o óvulo tenha sido inseminado antes desse desenlace. Os membros do casal podem, em conjunto, excluir expressamente a possibilidade de dar continuidade a um tratamento face à morte de um deles nas situações em que tenha havido fertilização, desde que o embrião ainda não tenha sido transferido para o útero (Sándor, 2000).

O caso *Davis v. Davis*²⁵ é bastante conhecido quando se reflecte sobre o estatuto dos embriões criopreservados e os direitos à disposição dos mesmos. A disputa legal em causa neste caso prende-se com o direito à disposição dos embriões criopreservados por parte de um casal que se divorciou após ter dado início a tal procedimento técnico-científico. O tribunal de 1.^a instância considerou os embriões como seres humanos, cujos interesses estariam melhor salvaguardados se o direito à disposição sobre os mesmos fosse exercido pela esposa após o divórcio. No entanto, o *Tennessee Appeal Court* (o tribunal de recurso) indeferiu tal argumentação, declarando que o marido também tinha um direito constitucionalmente protegido – o direito à não reprodução dos embriões que resultaram dos seus próprios gâmetas, e, conseqüentemente, ambas as partes tinham direitos iguais sobre os embriões. Perante o *State Supreme Court*, esta mulher divorciada altera a sua posição e não reclama a transferência dos embriões para o seu próprio útero, mas sim uma declaração que lhe permitisse doar os embriões a uma outra mulher. O Supremo Tribunal recusa tal pretensão e afirma que os embriões não são

nem indivíduos nem objectos do direito de propriedade, antes representam uma categoria intermédia. O seu estatuto especial reside no facto de serem potenciais seres humanos.

O direito da saúde Húngaro²⁶ soluciona a questão do direito à disposição dos embriões ao assegurar às mulheres a especial oportunidade de transferir os embriões para o seu útero após o divórcio ou face à morte do marido. Esta situação pode ser expressamente excluída pelo casal antes de iniciar um ciclo de tratamentos, pelo que o casal deve ser previamente informado desta disposição legal. Há que referir que a consagração desta norma está associada ao reconhecimento legal de que, do ponto de vista biomédico, a doação de sémen é diferente da punção dos óvulos, esta última muito mais exigente ao nível da intervenção cirúrgica, além de ser precedida por uma terapia hormonal.

Para além do direito à disposição dos embriões, também se pode discutir a problemática da disposição dos gâmetas nos países onde as técnicas de RMA são acessíveis a pessoas singulares através de gâmetas criopreservados e recolhidos em pessoas identificáveis. No caso *Hecht*²⁷, os dois elementos de um casal heterossexual deslocaram-se a um banco de gâmetas na Califórnia devido às intenções suicidas do marido, ou seja, o casal em causa pretendia assegurar a sua descendência através do sémen do marido criopreservado neste banco, no caso de este se suicidar. Apesar de o marido também ter declarado a sua disposição, foi em vão que a esposa solicitou a utilização do sémen criopreservado após a morte do marido. Esta reclamação da esposa foi negada com base na integridade da família, argumento este alegado por um filho concebido num casamento anterior do marido falecido.

No caso da Hungria, os actuais debates no domínio da reprodução giram sobretudo em torno de tópicos emergentes, como sejam a maternidade de substituição, a doação de óvulos, a escolha do sexo da criança a nascer e o diagnóstico genético pré-implantação, os quais serão analisados com maior detalhe nas próximas secções. De entre estes temas, a questão da acessibilidade ao diagnóstico genético pré-implantação e à doação de óvulos poderão ter chegado à fase da regulamentação.

1.5 DEBATES SOBRE A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A *maternidade de substituição* refere-se aos casos em que a mãe gestacional, que gera a criança, não coincide com a mãe genética que faculta o óvulo. Contrariamente ao receio muitas vezes invocado de que as mulheres reclamam a maternidade de substituição por uma questão de conveniência (com o objectivo de evitar o período longo da gravidez e um parto doloroso), na realidade muitas das mulheres que precisam de recorrer a esta técnica viram os seus úteros removidos por razões associadas a tumores, mas ainda têm ovários, o que lhes possibilita tornarem-se mães genéticas, se tal prática for legalmente autorizada.

No texto original da Lei Húngara dos Cuidados de Saúde de 1997 surge o termo *maternidade de substituição*, o qual só há poucas décadas foi aceite na literatura. No idioma húngaro é possível expressar a diferença entre a maternidade de substituição por motivos de ganhos financeiros e a maternidade de substituição com o objectivo de ajudar os semelhantes. No primeiro caso usa-se o termo “*béranyaság*” e no segundo caso recorre-se à expressão “*dajkaterhesség*” (“*bér*” significa salário, indicando as motivações financeiras, enquanto “*dajka*” é uma enfermeira que cuida de crianças). Esta distinção parece suficiente para tranquilizar as consciências; poderemos até aceitar que, devido às significativas diferenças éticas entre estas duas categorias, a “*dajkaterhesség*” quase não se afigura como problemática em termos legais. Talvez por razões associadas às conotações benevolentes deste termo, a maternidade de substituição seria admitida na Hungria com diversas restrições se a Lei tivesse entrado em vigor na forma originalmente proposta em 2000.

Proibir a maternidade de substituição nas situações que não envolvem ganhos financeiros não é uma opção evidente. A preocupação relacionada com o facto de haver uma terceira pessoa no processo reprodutivo, para além da mãe e do pai, não constitui um argumento suficientemente forte que justifique a total proibição desta prática. Atendendo ao vasto leque de tecnologias reprodutivas actualmente disponíveis, teremos que concluir que também estas envolvem terceiras pessoas diferentes dos potenciais pais, como por exemplo os dadores de gâmetas; referimo-nos, entre outras, à inseminação intra-uterina com espermatozóide de dador, assim como à fertilização *in vitro* com óvulos de dadora ou com embriões doados, nos casos em que tais procedimentos são autorizados.

Analisando as causas individuais que podem estar subjacentes a uma situação de infertilidade, deparamo-nos com uma contradição bizarra – os direitos reprodutivos de uma mulher que tem óvulos mas que não tem útero são menos reconhecidos do que os direitos reprodutivos de uma mulher que tem útero mas que não tem óvulos, ou de uma mulher que tenha mais dificuldades em conceber uma criança. Isto significa que as regras dominantes no âmbito da maternidade de substituição se centram nos gâmetas e não consideram a possibilidade de as mulheres que apenas proporcionam os seus gâmetas também se tornarem mães, à semelhança do que acontece com os homens. A concepção destes direitos está associada à assunção de que a verdadeira mãe é a mulher que dá à luz a sua própria criança, mesmo que tenha engravidado com os gâmetas de outra mulher. Por outras palavras, e de acordo com esta perspectiva, uma mulher que dá à luz uma criança com a qual não mantém relações genéticas pode ser considerada a sua mãe, mas tal reconhecimento deixa de ser possível se os papéis se inverterem, ou seja, se houver apenas uma ligação genética, a mulher já não é considerada a mãe da criança.

Surgem ainda diversas questões legais relacionadas com a figura da mãe de substituição. Uma mulher poderá disponibilizar o seu útero para gerar uma criança concebida com os óvulos da irmã, da cunhada ou de uma prima? Pessoas que não podem dar à luz uma criança? Actualmente, o direito permite a doação de órgãos entre membros de uma família e alguns dos procedimentos que lhe estão associados podem provocar alterações irreversíveis e/ou afectar a saúde do/a dador/a. Neste aspecto, a doação de órgãos pode implicar uma maior intervenção na integridade do corpo do/a dador/a do que aquela que acontece na gestação de um feto durante nove meses por parte de uma mãe de substituição.

As aversões suscitadas pela maternidade de substituição indiciam a existência de duas imagens sociais distintas no âmbito da parentalidade: a da paternidade e a da maternidade. A paternidade resulta essencialmente da existência de um casamento ou de uma relação estável; já no caso da maternidade, não basta que a mulher o declare e aceite, sendo também exigível que ela dê à luz a criança.

1.6 DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO: QUESTÕES LEGAIS E ÉTICAS

A existência de fertilização fora do corpo da mulher e o desenvolvimento da genética médica e da investigação embrionária tornam hoje possível a avaliação de diversos embriões *in vitro* antes de estes serem transferidos para o útero da mulher. Esta técnica é conhecida como diagnóstico genético pré-implantação²⁸. Em diversos casos, estes testes permitem prevenir a ocorrência de abortos espontâneos tardios e de mortes fetais. Tal método de diagnóstico proporciona informações acerca de determinadas características do embrião, o que é inteiramente aceitável para alguns, mas não para outros. Esta oportunidade pode ser interpretada como uma transição relativamente opaca da terapia para a selecção. Os benefícios desta técnica são reconhecidos quando a sua aplicação tem objectivos terapêuticos, nomeadamente evitar malformações ou anomalias fetais graves e abortos de repetição. Já a possibilidade de preferir embriões com determinadas características implica a emergência de novos papéis parentais, uma vez que os potenciais pais podem começar a procurar técnicas de RMA não só para tentar solucionar a infertilidade e problemas genéticos, mas também para planear as características dos seus próprios filhos, o que muitos consideram ser inadmissível. Habermas (2001) entende que o eugenismo liberal tem os seus limites; se um progenitor puder criar um descendente com características pré-determinadas, estabelecer-se-á um novo tipo de relações interpessoais entre pais e filhos ainda desconhecido e com consequências imprevisíveis. Não é por acaso que diversos comités de ética internacionais e nacionais têm publicado as suas posições nesta matéria²⁹.

De acordo com a actual Lei Húngara dos Cuidados de Saúde, as células de um embrião só podem ser separadas com o objectivo de diagnosticar uma provável doença na criança a nascer ou anomalias no embrião. Para que esta técnica de RMA seja aplicada, os dois elementos do casal cujos gâmetas deram origem aos embriões têm que prestar o seu consentimento informado por escrito³⁰. É possível usar este teste diagnóstico com o objectivo de escolher o sexo da criança a nascer desde que seja expectável a possibilidade de evitar a transmissão de graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Qualquer intervenção que vise modificar o genoma humano só pode acontecer com

finalidades preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e dentro dos limites que se enquadram nesses propósitos³¹.

Este enquadramento jurídico-legal é claramente lacónico³². Mesmo que não haja uma razão para alterar esta breve referência na Lei, faltam pertinentes pareceres éticos e profissionais que permitam determinar as eventuais doenças que justificam uma avaliação por intermédio de um diagnóstico genético pré-implantação. É óbvio que tais doenças comportarão uma elevada probabilidade de causar incapacidades incompatíveis com a vida, graves incapacidades permanentes ou ainda uma previsão de um tempo de vida extremamente curto.

A prestação de informações ao casal e em particular à mulher é um pré-requisito indispensável que antecede todas as intervenções no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação. Tais informações devem contemplar com precisão o diagnóstico, os métodos de tratamento disponíveis para a doença em causa, as consequências positivas e negativas que podem resultar destas descobertas e todas as alternativas a serem ponderadas pelo casal no que respeita ao teste genético pré-implantação. A indisponibilidade destas informações prévias pode contribuir para alguma indignidade, uma vez que caberá apenas ao casal decidir se é ou não capaz de enfrentar uma eventual tragédia e de criar uma criança com sérias incapacidades. Pode dar-se o caso de um casal rejeitar fazer um aborto selectivo atendendo às suas mundividências e crenças religiosas, mas ainda assim concordar com a avaliação dos seus embriões antes de estes serem transferidos para o útero na esperança de gerarem uma criança saudável, o que atesta a importância do acesso à informação em todas as situações. Discutir com o casal, e em particular com a mulher, todas as informações acerca das consequências de um aborto espontâneo e de uma futura redução selectiva de fetos pode fazer com que se evitem abortos posteriores, quando tal é possível.

No decurso do diagnóstico genético pré-implantação, deve-se assegurar que o seu objectivo não é escolher as características desejáveis num embrião, mas sim tentar que os embriões portadores de doenças não sejam transferidos para o útero e que nos embriões seleccionados para posterior transferência não são detectadas doenças graves. Depois de os pacientes serem informados dos resultados deste teste, há que lhes conceder um período de tempo suficiente para que possam decidir o que fazer face a tais informações.

1.7 A SELECÇÃO DO SEXO DA CRIANÇA A NASCER

A selecção do sexo da criança a nascer envolve problemas relativamente bem conhecidos. Em 2002 a Hungria ratificou a Convenção de Oviedo³³, adoptada pelo Conselho da Europa, cujo artigo 14.º proíbe a selecção do sexo da criança a nascer. De acordo com este artigo, não é admitido o uso de técnicas de RMA com o objectivo de escolher o sexo da criança, exceptuando os casos em que é possível evitar a transmissão de graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. A proibição de todas as outras formas de escolha do sexo da criança a nascer é claramente afirmada, quer nos comentários oficiais, quer nos documentos preparatórios desta Convenção.

Em consonância com a Convenção de Oviedo, a legislação húngara admite a selecção do sexo da criança a nascer apenas por motivos terapêuticos. Na Hungria, as discussões em torno da selecção não terapêutica do sexo da criança conquistaram grande visibilidade pública quando a selecção de espermatozoides tornou possível calcular com elevada precisão as probabilidades de conhecer antecipadamente o sexo da criança a nascer. Um importante atributo desta técnica consiste no facto de esta não destruir o feto, uma vez que a determinação do sexo da criança a nascer ocorre antes da fertilização. Logo, as questões éticas que esta prática suscita distinguem-se daquelas que normalmente caracterizam os debates sobre o aborto.

A ser possível escolher o sexo da primeira criança a nascer, tal prática iria certamente manifestar preferências sexuais ou até mesmo implicar formas de discriminação sexual. No entanto, seleccionar o sexo de uma terceira criança pode significar sobretudo um processo de tomada de decisão assente numa distribuição partilhada de sexos numa família e não uma opção motivada por preferências sexuais.

Do ponto de vista dos direitos das mulheres, a selecção do sexo iria naturalmente aprofundar a medicalização da parentalidade, na medida em que a reprodução tornar-se-ia cada vez mais uma questão de ordem médica, acrescentando à medicalização do parto e à selecção e avaliação do esperma. A selecção do sexo da criança a nascer confronta a ideia de que as técnicas de RMA só são usadas para ultrapassar situações de infertilidade e para evitar doenças, considerando-se por isso inadmissíveis as suas aplicações com propósitos selectivos, argumento outrora consensual nos debates éticos neste domínio.

A possibilidade de haver determinadas características passíveis de escolha na criança a nascer, como por exemplo o sexo, poderá significar uma mudança crucial na interpretação dos direitos humanos.

1.8 REGULAR AS TÉCNICAS DE RMA: QUANDO E COMO?

A ideia de que o direito andar sempre atrás da ciência é frequentemente invocada e quase já se tornou um dado adquirido. É verdade que perante situações que envolvem tecnologias emergentes com impactos sociais potencialmente significativos, o direito precisa de algum tempo para avaliar o que necessita de regulação. Em certa medida, o direito reage a um conjunto de promessas científicas veiculadas nas sociedades contemporâneas, mas não deixa de considerar diversos elementos na complexa avaliação e posterior regulação destas promessas, nomeadamente as normas éticas básicas, os potenciais riscos, os direitos fundamentais, os valores sociais e os impactos a nível das políticas de saúde.

As alterações jurídico-legais têm sido bem mais limitadas do que seria justificável face à pressão exercida pela ciência no sentido da inovação dos enquadramentos legais. Face aos novos desenvolvimentos técnico-científicos, os discursos jurídico-políticos tendem sobretudo a incorporar a sua análise no que já existe e não a desenvolver novas instituições legais. Ainda que a contraceção, o aborto, a fertilização *in vitro*, o diagnóstico genético pré-implantação e a redução selectiva de fetos sejam práticas permitidas na maioria dos países Europeus, o estatuto do feto humano não registou alterações significativas desde o direito Romano. Quando assistimos a tentativas de criação de novas definições, conceitos e formas de protecção, tais propostas não resistem à passagem do tempo. Por exemplo, face à fertilização *in vitro* pareceu ser necessário definir e proteger o embrião humano, mas a sua definição enquanto resultado da união dos gâmetas fracassou imediatamente perante a possibilidade de clonagem humana, uma vez que o embrião clonado não surge através da fertilização. E as sugestões que visaram o desenvolvimento de novas formas legais de protecção do embrião humano também não foram bem sucedidas. No artigo 18.º da Convenção de Oviedo, por exemplo, afirma-se que “quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta ga-

1 A RETÓRICA LEGAL EM TORNO DA REPRODUÇÃO*

JUDIT SÁNDOR

Este texto aborda os dilemas, as terminologias e os dispositivos retóricos que caracterizam os actuais debates jurídico-legais em torno das novas tecnologias de Reprodução Medicamente Assistida (RMA). Partindo da análise do caso da lei húngara, a autora pretende reflectir sobre alguns dos problemas que o direito enfrenta quando procura regular um domínio que envolve discussões de cariz ético.

A reprodução medicamente assistida não é apenas uma terapia. Aos seus usos e aplicações estão associados interesses científicos e comerciais, muitas vezes ocultados e desconhecidos pelos clientes que procuram os serviços das clínicas de medicina da reprodução. Na Hungria, por exemplo, os debates públicos em torno das problemáticas reprodutivas, incluindo as técnicas de RMA, são muitas vezes contextualizados num conjunto de promessas demográficas. De acordo com os principais apoiantes destas tecnologias, nomeadamente os médicos, os políticos e os *media*, as clínicas de fertilidade são perspectivadas como instituições que visam melhorar as estatísticas demográficas do país ao ajudar os casais inférteis a procriar. Já os grupos sociais e religiosos que se opõem a estas tecnologias criticam determinados procedimentos médicos com base em argumentos de natureza moral. O debate em torno das tecnologias reprodutivas estrutura-se em torno de dois tópicos fundamentais: uma dupla moralização da cidadania, por um lado, e as ameaças de eugenismo e de engenharia social, por outro lado. Esta discussão obedece a uma estrutura significativamente diferente daquela que caracteriza os debates clássicos nas problemáticas da RMA, nos quais se destaca a conflitualidade entre a possibilidade de exercer uma “escolha” e a defesa do direito à “vida”.

Em termos legais, surge ainda uma outra dificuldade. Apesar de existir um reconhecimento generalizado das liberdades reprodutivas, a reprodução

não é perspectivada como um assunto exclusivamente privado. Esta situação acontece porque existe a necessidade legítima de proteger os interesses das crianças, à qual se tem vindo a juntar a protecção dos interesses ambíguos das futuras crianças. A esta argumentação acrescem razões que se apoiam em preocupações demográficas, de que são exemplo os actuais debates promovidos na Hungria em torno da RMA, da selecção do sexo e da esterilização voluntária.

1.1 INTRODUÇÃO

O primeiro bebé nascido por fertilização *in vitro* ficou famoso e é ainda conhecido pelo seu nome: em 1978 nasceu a inglesa Louise Brown em frente a diversas câmaras de filmar. Os médicos que lideraram as equipas responsáveis por tais acontecimentos tornaram-se verdadeiras estrelas nos seus países de origem. René Frydman, por exemplo, foi o obstetra que acompanhou o nascimento da primeira criança concebida por intermédio desta técnica em França (Amandine, em 1982) e participou no primeiro projecto de gestação a partir de um embrião criopreservado. Desde então, tem assinado diversas publicações sobre as implicações médicas, religiosas e éticas das designadas técnicas de RMA.

Aqueles que ainda hoje criticam e/ou rejeitam as aplicações das técnicas de RMA¹² alegam muitas vezes que estas intervenções médicas transformam a intimidade, a naturalidade e o carácter incidental da reprodução humana em questões de natureza meramente técnica, afigurando-se o médico como um actor chave neste processo (Frydman, 1997). Na realidade, estas intervenções contribuem para a medicalização quer da gestação, quer da reprodução em geral. Os casais envolvidos em tratamentos de fertilidade, em particular as mulheres, submetem-se a um conjunto de testes médicos e de tratamentos hormonais e, em muitos casos, uma criança só irá nascer após uma série de tratamentos sem sucesso, que podem prolongar-se por vários anos. As próprias técnicas de RMA são um produto do desenvolvimento científico e tecnológico: a possibilidade de existir fertilização fora do corpo da mulher, assim como uma série de outros desenvolvimentos posteriores, deve-se, em primeira instância, ao surgimento da laparoscopia, uma técnica de estudo da fertilidade que per-

mite visualizar os órgãos pélvicos através da inserção do endoscópio junto ao umbigo. Apenas uma minoria rejeita actualmente a RMA com base em argumentos legais. É o caso, por exemplo, de Spoerl (2000), segundo o qual não pode haver lugar à presunção do interesse da futura criança na RMA, porque esta ainda não foi concebida. Este autor entende ainda que o consentimento informado no âmbito da fertilização *in vitro* é moralmente inadmissível, uma vez que tal consentimento apenas autoriza que a criança seja um meio para satisfazer as necessidades e os desejos dos potenciais pais.

A inicial condenação das técnicas de RMA enraizou-se num argumento básico: a rejeição de qualquer intervenção na ordem natural. Esta argumentação tornou-se insustentável perante a constatação da existência de crianças saudáveis e de progenitores felizes como resultado da aplicação destas técnicas, o que, por sua vez, terá fortalecido o apoio societal às mesmas, incluindo os países onde a religião tinha um grande poder de influência sobre as decisões políticas e as posições legais em matéria de reprodução humana. A crescente medicalização da gestação, gravidez e contracepção terá contribuído para fragilizar ainda mais tal argumentação: a contracepção é aceite e praticada em muitas partes do mundo; nascem cada vez mais crianças por intermédio de cesarianas; o trabalho de parto é frequentemente iniciado com injeções de ocitocina; algumas mulheres recorrem à analgesia epidural durante o parto; entre outros factores.

Não obstante a influência da literatura crítica e a existência de proibições religiosas¹³, muitas pessoas perspectivam a medicina reprodutiva como uma história de sucesso. Mesmo em países onde as técnicas de RMA não são financiadas pelos sistemas de saúde, as clínicas de fertilidade são muitas vezes rentáveis. As histórias de vida contadas por casais felizes acerca das famílias que constituíram por intermédio destas técnicas têm servido de inspiração a directores cinematográficos e escritores.

Ainda assim, ao longo dos últimos vinte anos, algumas intervenções no âmbito da fertilização *in vitro* têm envolvido experimentações ousadas e, nalguns casos, fracassadas. Quando estas técnicas começaram a ser aplicadas, não havia lugar à criopreservação de embriões não utilizados e era frequente a ocorrência de casos de gravidez múltipla; em determinadas circunstâncias, eram transferidos para o útero da mulher cinco embriões, havendo necessidade de recorrer mais tarde a uma redução selectiva de fetos. As baixas taxas de

sucesso iniciais não eram publicadas. Os desenvolvimentos científicos e tecnológicos eram contínuos e todas as clínicas de renome tentavam acompanhá-los ou até mesmo contribuir para a expansão das tecnologias reprodutivas.

Nos anos noventa surge a injeção intracitoplasmática de espermatozoides¹⁴, técnica que foi introduzida sem ter sido previamente testada em animais. Apesar de esta técnica ter ajudado a resolver diversos casos que até então eram considerados quase sem esperança, os riscos que lhe estão associados ainda hoje não podem ser descurados. A expansão do leque das técnicas de RMA disponíveis tem contribuído para estabelecer uma separação entre as funções reprodutivas e os tradicionais papéis parentais num crescente número de situações, elementos que eram anteriormente considerados inseparáveis.

Importa atender à forma como estas enormes mudanças ocorreram com alguma facilidade e como o público em geral as aceitou sem grandes controvérsias morais e sem hesitações, em particular o facto de algumas crianças não nascerem através dos mecanismos de reprodução “naturais” e de, em determinados casos, a própria reprodução se desviar da “ordem natural”. A regulação da reprodução na maioria dos países Europeus tem veiculado a ideia de que as técnicas de RMA são sobretudo técnicas terapêuticas que têm como objectivo ajudar casais inférteis que não conseguem conceber e/ou gerar uma criança de uma forma “natural”. Para além da questão da sua aceitabilidade, a emergência das técnicas de RMA levantou um conjunto de novas questões éticas e legais, que devem ser incluídas em enquadramentos coerentes no que concerne a regulação da reprodução.

Ainda que a eficiência das técnicas de RMA tenha registado uma melhoria significativa ao longo do tempo, não deixa de ser preocupante a forma como a opinião pública se mostra optimista em relação às respectivas taxas de sucesso¹⁵. Obviamente, os casais são mais relutantes em divulgar uma longa experiência de insucessos do que publicitar casos bem sucedidos, cujo final resultou no nascimento de uma criança há muito esperada, mesmo após diversas tentativas falhadas. Também as instituições que oferecem técnicas de RMA estão interessadas em aumentar as taxas de sucesso.

Apesar de existirem motivos de exaltação da medicina da reprodução, esta também enfrenta dificuldades ao longo das suas intervenções, nas quais se depara com diversas questões éticas. A própria medicalização do parto e da reprodução já é, em si mesma, uma matéria que exige reflexões de cariz

ético. Para além desta situação, novos dilemas éticos surgem como resultado das técnicas de RMA (Donovan, 1986). Por exemplo, o enredo que envolve a procura de sucesso tem justificado a punção e inseminação de mais do que um óvulo, o que, por sua vez, levanta questões relacionadas com o direito à disposição de múltiplos embriões excedentários, o qual está indirectamente associado aos dilemas éticos colocados pela investigação em embriões *in vitro* e em células estaminais embrionárias.

Na maioria dos casos, o direito parece ceder perante a procura de técnicas de RMA ao permitir a realização de uma parte significativa das intervenções médicas neste domínio, ainda que muitas das vezes de forma assimétrica e inconsequente. Entretanto, a maioria dos países Europeus aguarda com expectativa a regulamentação do acesso a estas tecnologias e das respectivas questões éticas, não confiando a delegação desta tarefa ao mercado e à indústria.

1.2 O ENQUADRAMENTO LEGAL EUROPEU E AS ATITUDES JURÍDICO-LEGAIS NA HUNGRIA

Em termos legais e éticos, o Relatório da Comissão Warnock é o primeiro documento que merece destaque. Este Relatório foi publicado em 1984 e reúne os contributos de 350 organizações, assim como 696 sugestões individuais. Infelizmente, as propostas que daqui resultaram só serão publicadas na íntegra em 2014; neste momento só se encontra disponível o texto principal do Relatório, sendo ainda desconhecidos diversos materiais que estiveram na base da sua elaboração. Ainda assim, este Relatório, por si só, tem exercido uma influência significativa nas regulações produzidas no âmbito da reprodução humana em quase todos os Estados europeus (Riviere, 1985).

Apresentar um panorama dos principais modos de regulação legal da RMA na Europa afigura-se uma tarefa complicada, sobretudo porque existem diversas visões em torno das questões éticas e de segurança que são suscitadas por estas técnicas. A doação de óvulos é proibida em diversos países e alguns destes também não permitem a doação de esperma. Existem países em que até a maternidade de substituição é legal.

A lei Austríaca¹⁶ proíbe a doação de gâmetas e a doação de embriões e não autoriza a realização do diagnóstico genético de pré-implantação. Na Bélgica,

o acesso às técnicas de RMA é relativamente generalizado: a investigação em embriões é legal desde que tenha finalidades terapêuticas. De acordo com as disposições legais existentes na Dinamarca¹⁷, só podem doar óvulos as mulheres que também participam em tratamentos que envolvam técnicas de RMA, o que significa que só podem ser doados a outro casal os óvulos excedentários que não são usados pela mulher que lhes deu origem. Na Noruega, é ilegal fazer investigação em embriões humanos – incluindo a investigação em células estaminais embrionárias – e a maternidade de substituição é proibida. Na Suécia¹⁸, está legalizada a doação de gâmetas, mas não a doação de embriões. As regulações também diferem no que concerne a interpretação da idade reprodutiva: na Dinamarca as técnicas de RMA só podem ser usadas por pessoas com menos de 45 anos, enquanto na Grécia tal limite está fixado nos 50 anos. Em França, a RMA só pode ser usada com propósitos terapêuticos e por casais heterossexuais. Na Alemanha¹⁹, só têm acesso a estas técnicas os casais heterossexuais, de preferência casados. Apesar de as clínicas italianas terem começado a adoptar práticas relativamente liberais, em 2004²⁰ foi adoptada neste país uma das leis mais restritivas da Europa. Já o enquadramento legal espanhol é relativamente liberal: é autorizada a inseminação *post-mortem* e as mulheres solteiras têm acesso às tecnologias reprodutivas.

A diversidade de enquadramentos jurídico-legais tem contribuído para a multiplicação de formas de turismo reprodutivo na Europa: alguns cidadãos holandeses recorrem à injeção intracitoplasmática de espermatozoides na Bélgica; os noruegueses viajam para a Dinamarca à procura de espermatozoides; e, mais recentemente, as restrições legais criadas em Itália provocaram um movimento turístico em massa em direcção à Croácia.

No conjunto dos países europeus, a Hungria enquadra-se nas tradições regulatórias mais liberais, uma vez que a Lei Húngara dos Cuidados de Saúde de 1997 legaliza a doação de gâmetas e de embriões. A primeira versão desta lei previa a legalização da maternidade de substituição, mas dois anos mais tarde, ainda antes da sua entrada em vigor, tais disposições foram alteradas, proibindo-se esta prática. Porém, cerca de oito anos depois (em 2005), esta regulação não era progressista: a medicina da reprodução estava em constante mudança e, entretanto, a investigação em células estaminais e os testes de diagnóstico genético tinham-se desenvolvido significativamente; também as imagens sociais acerca da RMA tinham registado alterações, tal como a própria sociedade²¹.

o acesso às técnicas de RMA é relativamente generalizado: a investigação em embriões é legal desde que tenha finalidades terapêuticas. De acordo com as disposições legais existentes na Dinamarca¹⁷, só podem doar óvulos as mulheres que também participam em tratamentos que envolvam técnicas de RMA, o que significa que só podem ser doados a outro casal os óvulos excedentários que não são usados pela mulher que lhes deu origem. Na Noruega, é ilegal fazer investigação em embriões humanos – incluindo a investigação em células estaminais embrionárias – e a maternidade de substituição é proibida. Na Suécia¹⁸, está legalizada a doação de gâmetas, mas não a doação de embriões. As regulações também diferem no que concerne a interpretação da idade reprodutiva: na Dinamarca as técnicas de RMA só podem ser usadas por pessoas com menos de 45 anos, enquanto na Grécia tal limite está fixado nos 50 anos. Em França, a RMA só pode ser usada com propósitos terapêuticos e por casais heterossexuais. Na Alemanha¹⁹, só têm acesso a estas técnicas os casais heterossexuais, de preferência casados. Apesar de as clínicas italianas terem começado a adoptar práticas relativamente liberais, em 2004²⁰ foi adoptada neste país uma das leis mais restritivas da Europa. Já o enquadramento legal espanhol é relativamente liberal: é autorizada a inseminação *post-mortem* e as mulheres solteiras têm acesso às tecnologias reprodutivas.

A diversidade de enquadramentos jurídico-legais tem contribuído para a multiplicação de formas de turismo reprodutivo na Europa: alguns cidadãos holandeses recorrem à injeção intracitoplasmática de espermatozoides na Bélgica; os noruegueses viajam para a Dinamarca à procura de espermatozoides; e, mais recentemente, as restrições legais criadas em Itália provocaram um movimento turístico em massa em direcção à Croácia.

No conjunto dos países europeus, a Hungria enquadra-se nas tradições regulatórias mais liberais, uma vez que a Lei Húngara dos Cuidados de Saúde de 1997 legaliza a doação de gâmetas e de embriões. A primeira versão desta lei previa a legalização da maternidade de substituição, mas dois anos mais tarde, ainda antes da sua entrada em vigor, tais disposições foram alteradas, proibindo-se esta prática. Porém, cerca de oito anos depois (em 2005), esta regulação não era progressista: a medicina da reprodução estava em constante mudança e, entretanto, a investigação em células estaminais e os testes de diagnóstico genético tinham-se desenvolvido significativamente; também as imagens sociais acerca da RMA tinham registado alterações, tal como a própria sociedade²¹.

As problemáticas associadas à reprodução também são importantes em termos políticos, desde logo por razões demográficas, como ilustra a recente Resolução do Parlamento Húngaro relativa à gestão de determinados problemas no âmbito da infertilidade (Resolução n.º 62, de 28 de Junho de 2005). Entre outros aspectos, neste documento o Parlamento concede o prazo de um ano ao Governo para este elaborar propostas que assegurem, quer o acesso aos tratamentos de infertilidade nos casos de situações financeiras desfavoráveis e/ou de pobreza, apoiando em particular os casais indigentes, quer a publicação das taxas de sucesso dos centros que administram técnicas de RMA.

À legislação húngara subjaz uma concepção amigável destas técnicas, como ilustra a Lei n.º LVII de 2005, que introduziu nas normas que regulam os procedimentos na RMA as protecções consagradas no direito do trabalho. O empregador não pode despedir voluntariamente um trabalhador durante os tratamentos médicos, a gravidez, nos três meses após o nascimento da criança e ao longo do período de licença de maternidade²². O trabalhador deverá ainda ser dispensado da obrigação de trabalhar durante o período de tempo em que decorre o tratamento.

Para além dos aspectos comerciais e demográficos, há também que atender às questões éticas. Apesar de as intervenções realizadas no âmbito da RMA envolverem muito mais do que meros procedimentos médicos, o debate ético não é dominante na Hungria, onde impera um optimismo científico: os húngaros geralmente antecipam o sucesso das intervenções biomédicas e tendem a não manifestar dúvidas em relação às mesmas. Na altura em que a Lei Húngara dos Cuidados de Saúde estava a ser preparada (Lei n.º CLIV de 1997), os dados disponíveis sobre as taxas de sucesso individuais dos centros que ministravam técnicas de RMA eram escassos e, como tal, a elaboração desta Lei baseou-se sobretudo em experiências internacionais.

Neste momento, os húngaros tendem a optar por uma abordagem pragmática que rejeita uma racionalidade baseada em valores e princípios, como ilustram os dados do inquérito Eurobarómetro, publicados em Junho de 2005. De acordo com estes resultados, os húngaros estão muito menos dispostos a contemplar o objectivo e significado da vida do que os cipriotas, por exemplo. Uma outra questão incluída no inquérito Eurobarómetro pretende saber a opinião dos inquiridos quanto aos elementos que devem fundamentar as decisões no âmbito da ciência e da tecnologia – a avaliação

dos riscos e dos benefícios ou, em alternativa, os aspectos éticos, e uma significativa proporção de inquiridos húngaros concorda com a análise dos riscos e dos benefícios. Cinquenta e três por cento dos europeus que responderam a este inquérito acreditam que a protecção da dignidade da vida que ainda não nasceu será um valor importante nos próximos 10 anos, opinião que agrega maior consenso em Malta (setenta e quatro por cento), na Grécia e na Irlanda, sendo partilhada por apenas trinta e sete por cento dos húngaros e dos lituanos.

1.3 LIBERDADE E SAÚDE REPRODUTIVAS

Quando se demonstrou que a saúde das crianças não seria seriamente prejudicada pelo facto de estas terem nascido como resultado de técnicas de RMA, os debates em torno das suas aplicações voltaram-se para outras questões, nomeadamente: quais os seus impactos ao nível das relações familiares? Que problemas podem surgir quanto à disposição dos gâmetas e dos embriões (Robertson, 2004)?

A liberdade reprodutiva (Cook *et al.*, 2003) significa, em primeiro lugar, o respeito pelas decisões individuais em matéria reprodutiva, pelo que esta pode ser formulada como uma liberdade negativa (Harris; Holem, 2000). Já a saúde reprodutiva implica obrigações positivas, de forma a tornar operacional o sistema de cuidados de saúde. Face à coexistência de diferentes abordagens filosóficas no campo da reprodução humana, deparamo-nos com enquadramentos jurídico-legais distintos no que diz respeito à legalização do acesso aos cuidados reprodutivos por parte de pessoas singulares, mais velhas e não-heterossexuais.

Nos primeiros tempos, a regulação da acessibilidade aos serviços de saúde no âmbito da medicina da reprodução baseou-se no modelo de família tradicional e, como tal, o acesso à RMA estava limitado a casais heterossexuais que não concebiam e/ou geravam uma criança de outra forma. Esta situação é muito semelhante àquela que se vive ainda hoje na Hungria, apesar de haver cada vez mais pessoas a viverem sozinhas ou divorciadas. Já na Bélgica, Holanda e Espanha as mulheres solteiras têm acesso às técnicas de RMA. Nos casos que envolvem pessoas singulares, a respectiva orientação sexual não é

geralmente escrutinada, até porque tal avaliação poderia ser perspectivada como uma prática discriminatória.

Compreende-se que as legislações restritivas sejam mais comuns nos países em que as técnicas de RMA são financiadas pelo sistema de saúde e onde existe um controlo da capacidade dos serviços (como é o caso da Hungria) do que nos países onde tais práticas são parcial ou totalmente liberalizadas. Na Dinamarca, por exemplo, o financiamento destas técnicas depende da idade dos beneficiários, só sendo subsidiados os serviços prestados a utilizadores com menos de 45 anos. No Chipre tal limite está fixado nos 40 anos. A governação da idade reprodutiva não depende apenas de elementos biológicos, mas também da alegação da necessidade de os potenciais pais poderem acompanhar o crescimento do/a respectivo/a filho/a²³.

Há cada vez mais países europeus a considerar que o casamento não é o único meio de estabelecer uma família, assistindo-se a uma progressiva legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de os sistemas jurídico-legais terem abolido a maior parte das formas de discriminação baseadas na orientação sexual, no campo da RMA, ainda domina o controlo do acesso à parentalidade com base nesse elemento, alegando-se a centralidade da protecção dos direitos da criança na legislação. As regras que regulam o campo da reprodução humana são mais abundantes na generalidade dos países europeus do que nos EUA. Neste país a oferta dos serviços de medicina da reprodução é delegada no mercado, tendo-se recentemente verificado uma abolição parcial de diversas formas de discriminação com base na orientação sexual. Quando existe uma regulação deste domínio no sector privado, as considerações de natureza legislativa e jurídica, a existirem, centram-se mais no casamento e na sexualidade do que na qualidade de vida das crianças.

Na Hungria, só pode aceder às técnicas de RMA um casal casado ou com uma relação estável, desde que seja muito provável que o casal em causa não gere uma criança saudável de forma “natural” por motivos de saúde relacionados com qualquer um dos seus elementos (infertilidade, por exemplo). No caso das uniões estáveis, é ainda exigido que os parceiros não sejam casados com outra pessoa²⁴.

1.4 O DIREITO À DISPOSIÇÃO DE GÂMETAS E EMBRIÕES

Para além da legislação sobre quem pode aceder a técnicas de RMA, uma outra problemática legal diz respeito à natureza do direito exercido pelos/as potenciais “pais/mães” quanto à disposição dos respectivos óvulos, sémen e embriões. Há três soluções possíveis para este problema, baseadas no direito à disposição do próprio corpo, no direito de propriedade ou no direito dos potenciais progenitores. A disposição conjunta do embrião evoca os futuros direitos comuns a ambos os progenitores no que concerne às suas responsabilidades parentais e, ao mesmo tempo, indicia as regras sobre os regimes de partilha de bens comuns indivisíveis (Overall, 1995).

Uma característica específica da legislação húngara diz respeito ao facto de as mulheres só poderem aceder a técnicas de RMA após o término do casamento ou da relação estável em que estavam envolvidas, desde que o óvulo tenha sido inseminado antes desse desenlace. Os membros do casal podem, em conjunto, excluir expressamente a possibilidade de dar continuidade a um tratamento face à morte de um deles nas situações em que tenha havido fertilização, desde que o embrião ainda não tenha sido transferido para o útero (Sándor, 2000).

O caso *Davis v. Davis*²⁵ é bastante conhecido quando se reflecte sobre o estatuto dos embriões criopreservados e os direitos à disposição dos mesmos. A disputa legal em causa neste caso prende-se com o direito à disposição dos embriões criopreservados por parte de um casal que se divorciou após ter dado início a tal procedimento técnico-científico. O tribunal de 1.^a instância considerou os embriões como seres humanos, cujos interesses estariam melhor salvaguardados se o direito à disposição sobre os mesmos fosse exercido pela esposa após o divórcio. No entanto, o *Tennessee Appeal Court* (o tribunal de recurso) indeferiu tal argumentação, declarando que o marido também tinha um direito constitucionalmente protegido – o direito à não reprodução dos embriões que resultaram dos seus próprios gâmetas, e, consequentemente, ambas as partes tinham direitos iguais sobre os embriões. Perante o *State Supreme Court*, esta mulher divorciada altera a sua posição e não reclama a transferência dos embriões para o seu próprio útero, mas sim uma declaração que lhe permitisse doar os embriões a uma outra mulher. O Supremo Tribunal recusa tal pretensão e afirma que os embriões não são

nem indivíduos nem objectos do direito de propriedade, antes representam uma categoria intermédia. O seu estatuto especial reside no facto de serem potenciais seres humanos.

O direito da saúde Húngaro²⁶ soluciona a questão do direito à disposição dos embriões ao assegurar às mulheres a especial oportunidade de transferir os embriões para o seu útero após o divórcio ou face à morte do marido. Esta situação pode ser expressamente excluída pelo casal antes de iniciar um ciclo de tratamentos, pelo que o casal deve ser previamente informado desta disposição legal. Há que referir que a consagração desta norma está associada ao reconhecimento legal de que, do ponto de vista biomédico, a doação de sémen é diferente da punção dos óvulos, esta última muito mais exigente ao nível da intervenção cirúrgica, além de ser precedida por uma terapia hormonal.

Para além do direito à disposição dos embriões, também se pode discutir a problemática da disposição dos gâmetas nos países onde as técnicas de RMA são acessíveis a pessoas singulares através de gâmetas criopreservados e recolhidos em pessoas identificáveis. No caso *Hecht*²⁷, os dois elementos de um casal heterossexual deslocaram-se a um banco de gâmetas na Califórnia devido às intenções suicidas do marido, ou seja, o casal em causa pretendia assegurar a sua descendência através do sémen do marido criopreservado neste banco, no caso de este se suicidar. Apesar de o marido também ter declarado a sua disposição, foi em vão que a esposa solicitou a utilização do sémen criopreservado após a morte do marido. Esta reclamação da esposa foi negada com base na integridade da família, argumento este alegado por um filho concebido num casamento anterior do marido falecido.

No caso da Hungria, os actuais debates no domínio da reprodução giram sobretudo em torno de tópicos emergentes, como sejam a maternidade de substituição, a doação de óvulos, a escolha do sexo da criança a nascer e o diagnóstico genético pré-implantação, os quais serão analisados com maior detalhe nas próximas secções. De entre estes temas, a questão da acessibilidade ao diagnóstico genético pré-implantação e à doação de óvulos poderão ter chegado à fase da regulamentação.

1.5 DEBATES SOBRE A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A *maternidade de substituição* refere-se aos casos em que a mãe gestacional, que gera a criança, não coincide com a mãe genética que faculta o óvulo. Contrariamente ao receio muitas vezes invocado de que as mulheres reclamam a maternidade de substituição por uma questão de conveniência (com o objectivo de evitar o período longo da gravidez e um parto doloroso), na realidade muitas das mulheres que precisam de recorrer a esta técnica viram os seus úteros removidos por razões associadas a tumores, mas ainda têm ovários, o que lhes possibilita tornarem-se mães genéticas, se tal prática for legalmente autorizada.

No texto original da Lei Húngara dos Cuidados de Saúde de 1997 surge o termo *maternidade de substituição*, o qual só há poucas décadas foi aceite na literatura. No idioma húngaro é possível expressar a diferença entre a maternidade de substituição por motivos de ganhos financeiros e a maternidade de substituição com o objectivo de ajudar os semelhantes. No primeiro caso usa-se o termo “*béranyaság*” e no segundo caso recorre-se à expressão “*dajkaterhesség*” (“*bér*” significa salário, indicando as motivações financeiras, enquanto “*dajka*” é uma enfermeira que cuida de crianças). Esta distinção parece suficiente para tranquilizar as consciências; poderemos até aceitar que, devido às significativas diferenças éticas entre estas duas categorias, a “*dajkaterhesség*” quase não se afigura como problemática em termos legais. Talvez por razões associadas às conotações benevolentes deste termo, a maternidade de substituição seria admitida na Hungria com diversas restrições se a Lei tivesse entrado em vigor na forma originalmente proposta em 2000.

Proibir a maternidade de substituição nas situações que não envolvem ganhos financeiros não é uma opção evidente. A preocupação relacionada com o facto de haver uma terceira pessoa no processo reprodutivo, para além da mãe e do pai, não constitui um argumento suficientemente forte que justifique a total proibição desta prática. Atendendo ao vasto leque de tecnologias reprodutivas actualmente disponíveis, teremos que concluir que também estas envolvem terceiras pessoas diferentes dos potenciais pais, como por exemplo os dadores de gâmetas; referimo-nos, entre outras, à inseminação intra-uterina com espermatozóide de dador, assim como à fertilização *in vitro* com óvulos de dadora ou com embriões doados, nos casos em que tais procedimentos são autorizados.

Analisando as causas individuais que podem estar subjacentes a uma situação de infertilidade, deparamo-nos com uma contradição bizarra – os direitos reprodutivos de uma mulher que tem óvulos mas que não tem útero são menos reconhecidos do que os direitos reprodutivos de uma mulher que tem útero mas que não tem óvulos, ou de uma mulher que tenha mais dificuldades em conceber uma criança. Isto significa que as regras dominantes no âmbito da maternidade de substituição se centram nos gâmetas e não consideram a possibilidade de as mulheres que apenas proporcionam os seus gâmetas também se tornarem mães, à semelhança do que acontece com os homens. A concepção destes direitos está associada à assunção de que a verdadeira mãe é a mulher que dá à luz a sua própria criança, mesmo que tenha engravidado com os gâmetas de outra mulher. Por outras palavras, e de acordo com esta perspectiva, uma mulher que dá à luz uma criança com a qual não mantém relações genéticas pode ser considerada a sua mãe, mas tal reconhecimento deixa de ser possível se os papéis se inverterem, ou seja, se houver apenas uma ligação genética, a mulher já não é considerada a mãe da criança.

Surgem ainda diversas questões legais relacionadas com a figura da mãe de substituição. Uma mulher poderá disponibilizar o seu útero para gerar uma criança concebida com os óvulos da irmã, da cunhada ou de uma prima? Pessoas que não podem dar à luz uma criança? Actualmente, o direito permite a doação de órgãos entre membros de uma família e alguns dos procedimentos que lhe estão associados podem provocar alterações irreversíveis e/ou afectar a saúde do/a dador/a. Neste aspecto, a doação de órgãos pode implicar uma maior intervenção na integridade do corpo do/a dador/a do que aquela que acontece na gestação de um feto durante nove meses por parte de uma mãe de substituição.

As aversões suscitadas pela maternidade de substituição indiciam a existência de duas imagens sociais distintas no âmbito da parentalidade: a da paternidade e a da maternidade. A paternidade resulta essencialmente da existência de um casamento ou de uma relação estável; já no caso da maternidade, não basta que a mulher o declare e aceite, sendo também exigível que ela dê à luz a criança.

1.6 DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO: QUESTÕES LEGAIS E ÉTICAS

A existência de fertilização fora do corpo da mulher e o desenvolvimento da genética médica e da investigação embrionária tornam hoje possível a avaliação de diversos embriões *in vitro* antes de estes serem transferidos para o útero da mulher. Esta técnica é conhecida como diagnóstico genético pré-implantação²⁸. Em diversos casos, estes testes permitem prevenir a ocorrência de abortos espontâneos tardios e de mortes fetais. Tal método de diagnóstico proporciona informações acerca de determinadas características do embrião, o que é inteiramente aceitável para alguns, mas não para outros. Esta oportunidade pode ser interpretada como uma transição relativamente opaca da terapia para a selecção. Os benefícios desta técnica são reconhecidos quando a sua aplicação tem objectivos terapêuticos, nomeadamente evitar malformações ou anomalias fetais graves e abortos de repetição. Já a possibilidade de preferir embriões com determinadas características implica a emergência de novos papéis parentais, uma vez que os potenciais pais podem começar a procurar técnicas de RMA não só para tentar solucionar a infertilidade e problemas genéticos, mas também para planear as características dos seus próprios filhos, o que muitos consideram ser inadmissível. Habermas (2001) entende que o eugenismo liberal tem os seus limites; se um progenitor puder criar um descendente com características pré-determinadas, estabelecer-se-á um novo tipo de relações interpessoais entre pais e filhos ainda desconhecido e com consequências imprevisíveis. Não é por acaso que diversos comités de ética internacionais e nacionais têm publicado as suas posições nesta matéria²⁹.

De acordo com a actual Lei Húngara dos Cuidados de Saúde, as células de um embrião só podem ser separadas com o objectivo de diagnosticar uma provável doença na criança a nascer ou anomalias no embrião. Para que esta técnica de RMA seja aplicada, os dois elementos do casal cujos gâmetas deram origem aos embriões têm que prestar o seu consentimento informado por escrito³⁰. É possível usar este teste diagnóstico com o objectivo de escolher o sexo da criança a nascer desde que seja expectável a possibilidade de evitar a transmissão de graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Qualquer intervenção que vise modificar o genoma humano só pode acontecer com

finalidades preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e dentro dos limites que se enquadram nesses propósitos³¹.

Este enquadramento jurídico-legal é claramente lacónico³². Mesmo que não haja uma razão para alterar esta breve referência na Lei, faltam pertinentes pareceres éticos e profissionais que permitam determinar as eventuais doenças que justificam uma avaliação por intermédio de um diagnóstico genético pré-implantação. É óbvio que tais doenças comportarão uma elevada probabilidade de causar incapacidades incompatíveis com a vida, graves incapacidades permanentes ou ainda uma previsão de um tempo de vida extremamente curto.

A prestação de informações ao casal e em particular à mulher é um pré-requisito indispensável que antecede todas as intervenções no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação. Tais informações devem contemplar com precisão o diagnóstico, os métodos de tratamento disponíveis para a doença em causa, as consequências positivas e negativas que podem resultar destas descobertas e todas as alternativas a serem ponderadas pelo casal no que respeita ao teste genético pré-implantação. A indisponibilidade destas informações prévias pode contribuir para alguma indignidade, uma vez que caberá apenas ao casal decidir se é ou não capaz de enfrentar uma eventual tragédia e de criar uma criança com sérias incapacidades. Pode dar-se o caso de um casal rejeitar fazer um aborto selectivo atendendo às suas mundividências e crenças religiosas, mas ainda assim concordar com a avaliação dos seus embriões antes de estes serem transferidos para o útero na esperança de gerarem uma criança saudável, o que atesta a importância do acesso à informação em todas as situações. Discutir com o casal, e em particular com a mulher, todas as informações acerca das consequências de um aborto espontâneo e de uma futura redução selectiva de fetos pode fazer com que se evitem abortos posteriores, quando tal é possível.

No decurso do diagnóstico genético pré-implantação, deve-se assegurar que o seu objectivo não é escolher as características desejáveis num embrião, mas sim tentar que os embriões portadores de doenças não sejam transferidos para o útero e que nos embriões seleccionados para posterior transferência não são detectadas doenças graves. Depois de os pacientes serem informados dos resultados deste teste, há que lhes conceder um período de tempo suficiente para que possam decidir o que fazer face a tais informações.

1.7 A SELECÇÃO DO SEXO DA CRIANÇA A NASCER

A selecção do sexo da criança a nascer envolve problemas relativamente bem conhecidos. Em 2002 a Hungria ratificou a Convenção de Oviedo³³, adoptada pelo Conselho da Europa, cujo artigo 14.º proíbe a selecção do sexo da criança a nascer. De acordo com este artigo, não é admitido o uso de técnicas de RMA com o objectivo de escolher o sexo da criança, exceptuando os casos em que é possível evitar a transmissão de graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. A proibição de todas as outras formas de escolha do sexo da criança a nascer é claramente afirmada, quer nos comentários oficiais, quer nos documentos preparatórios desta Convenção.

Em consonância com a Convenção de Oviedo, a legislação húngara admite a selecção do sexo da criança a nascer apenas por motivos terapêuticos. Na Hungria, as discussões em torno da selecção não terapêutica do sexo da criança conquistaram grande visibilidade pública quando a selecção de espermatozóides tornou possível calcular com elevada precisão as probabilidades de conhecer antecipadamente o sexo da criança a nascer. Um importante atributo desta técnica consiste no facto de esta não destruir o feto, uma vez que a determinação do sexo da criança a nascer ocorre antes da fertilização. Logo, as questões éticas que esta prática suscita distinguem-se daquelas que normalmente caracterizam os debates sobre o aborto.

A ser possível escolher o sexo da primeira criança a nascer, tal prática iria certamente manifestar preferências sexuais ou até mesmo implicar formas de discriminação sexual. No entanto, seleccionar o sexo de uma terceira criança pode significar sobretudo um processo de tomada de decisão assente numa distribuição partilhada de sexos numa família e não uma opção motivada por preferências sexuais.

Do ponto de vista dos direitos das mulheres, a selecção do sexo iria naturalmente aprofundar a medicalização da parentalidade, na medida em que a reprodução tornar-se-ia cada vez mais uma questão de ordem médica, acrescentando à medicalização do parto e à selecção e avaliação do esperma. A selecção do sexo da criança a nascer confronta a ideia de que as técnicas de RMA só são usadas para ultrapassar situações de infertilidade e para evitar doenças, considerando-se por isso inadmissíveis as suas aplicações com propósitos selectivos, argumento outrora consensual nos debates éticos neste domínio.

A possibilidade de haver determinadas características passíveis de escolha na criança a nascer, como por exemplo o sexo, poderá significar uma mudança crucial na interpretação dos direitos humanos.

1.8 REGULAR AS TÉCNICAS DE RMA: QUANDO E COMO?

A ideia de que o direito andar sempre atrás da ciência é frequentemente invocada e quase já se tornou um dado adquirido. É verdade que perante situações que envolvem tecnologias emergentes com impactos sociais potencialmente significativos, o direito precisa de algum tempo para avaliar o que necessita de regulação. Em certa medida, o direito reage a um conjunto de promessas científicas veiculadas nas sociedades contemporâneas, mas não deixa de considerar diversos elementos na complexa avaliação e posterior regulação destas promessas, nomeadamente as normas éticas básicas, os potenciais riscos, os direitos fundamentais, os valores sociais e os impactos a nível das políticas de saúde.

As alterações jurídico-legais têm sido bem mais limitadas do que seria justificável face à pressão exercida pela ciência no sentido da inovação dos enquadramentos legais. Face aos novos desenvolvimentos técnico-científicos, os discursos jurídico-políticos tendem sobretudo a incorporar a sua análise no que já existe e não a desenvolver novas instituições legais. Ainda que a contraceção, o aborto, a fertilização *in vitro*, o diagnóstico genético pré-implantação e a redução selectiva de fetos sejam práticas permitidas na maioria dos países Europeus, o estatuto do feto humano não registou alterações significativas desde o direito Romano. Quando assistimos a tentativas de criação de novas definições, conceitos e formas de protecção, tais propostas não resistem à passagem do tempo. Por exemplo, face à fertilização *in vitro* pareceu ser necessário definir e proteger o embrião humano, mas a sua definição enquanto resultado da união dos gâmetas fracassou imediatamente perante a possibilidade de clonagem humana, uma vez que o embrião clonado não surge através da fertilização. E as sugestões que visaram o desenvolvimento de novas formas legais de protecção do embrião humano também não foram bem sucedidas. No artigo 18.º da Convenção de Oviedo, por exemplo, afirma-se que “quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta ga-

rantirá uma protecção adequada do embrião”. É difícil interpretar o alcance desta “protecção adequada” quando os embriões não podem ser transferidos para o útero da mulher depois de terem sido objecto de pesquisa, ou seja, os embriões acabarão por ser inevitavelmente destruídos. Logo, o que permanece é a definição de feto humano com cerca de 2000 anos, enquanto as recentes definições de embrião humano e respectiva protecção propostas ao longo dos últimos 20 anos se afiguram problemáticas e em constante reformulação.

Os problemas na interpretação de conceitos estendem-se ainda a outras dimensões: refira-se, a título ilustrativo, a proibição da “clonagem” na Hungria ou o facto da Lei Húngara restringir a “separação de uma célula” do embrião humano. Desde as suas primeiras utilizações que a palavra “clonagem” se refere a diversas novas tecnologias para além das técnicas de RMA; e quando a disposição legal sobre a “separação das células do embrião” foi elaborada, não era do conhecimento geral a investigação em células estaminais embrionárias.

Na corrida das novas tecnologias, tem-se solicitado ao direito e à ética respostas rápidas e completas às questões relativas à permissividade de novas intervenções e são cada vez mais escassos os espaços para a sua reflexão e avaliação cuidadosas. Desta forma, as considerações legais e éticas não são perspectivadas como tendo hoje a preciosa função que lhes cabia há pouco tempo atrás. Quase podemos afirmar que, nos nossos dias, o direito e a ética são cada vez mais vistos como obstáculos ao desenvolvimento do que como garantias contra potenciais abusos. As conquistas científicas ocorrem muitas vezes em ambientes altamente competitivos e onde o factor tempo é crucial, exigindo-se por isso soluções legais rápidas que normalmente favoreçam os novos desenvolvimentos tecnológicos.

Os países da Europa Central parecem ter motivações acrescidas para não ficarem aquém dos principais fluxos científicos e para eliminarem todos os obstáculos possíveis ao desenvolvimento no âmbito da ciência e da tecnologia. O facto de a profissão médica ter sido dominante no período socialista contribuiu para que os médicos e os investigadores conquistassem uma espécie de imunidade face ao escrutínio social. Simultaneamente, a promoção de uma imagem social apolítica favoreceu a respectiva apreciação pública nos regimes totalitários. O fechamento social e o paternalismo público permaneceram como os principais princípios orientadores das práticas técnico-científicas até ao período das legislações que contemplam os direitos dos pacientes.

Desde a publicação do Relatório Warnock, as questões éticas e legais suscitadas pelas tecnologias reprodutivas complexificaram-se, por força dos dilemas colocados pelo estabelecimento de limites aos seus usos e aplicações e, em alguns casos, pelos conflitos gerados pelos respectivos propósitos terapêuticos e pela autonomia da selecção. Uma regulação ideal reconhecerá as decisões reprodutivas individuais, os presumidos interesses da criança a nascer e as reais possibilidades oferecidas pela medicina da reprodução. Neste momento, não é possível calcular as consequências que estes procedimentos poderão ter a longo prazo ao nível do corpo das mulheres ou da saúde das crianças a nascer, uma vez que as técnicas de RMA são relativamente novas e muitas delas foram introduzidas sem terem sido previamente testadas de forma adequada.

É possível haver diversos tipos de regulação, todos eles igualmente bons e consistentes. Uma coisa é certa: o público deverá ser devidamente informado dos riscos e das reais taxas de sucesso. A actual disseminação de uma abordagem burocrática no âmbito das tecnologias reprodutivas não favorece tal cenário, na medida em que esta abordagem reclama a imediata introdução e o financiamento das técnicas mais recentes, logo que estas sejam tornadas públicas nas revistas da especialidade. Já nos países escandinavos, por exemplo, as pessoas são muito mais críticas quanto à introdução de novos procedimentos técnico-científicos e médicos sem os analisarem devidamente. As técnicas de RMA podem ser consideradas como um desses novos desenvolvimentos, atendendo a que estas técnicas, por enquanto, só afectaram uma geração. Logo, ainda não nos é possível perguntar aos nossos pais as seguintes informações: “Mãe, como te sentiste quando o terceiro embrião, que sou eu, foi transferido para o teu útero?”; ou: “No momento em que fizeste a punção dos óvulos, já pressentias que era dessa vez que o tratamento ia funcionar?”. Há que enfrentar esta situação: nós não temos qualquer ideia sobre as dificuldades com que se poderá deparar a crescente geração envolvida em tecnologias reprodutivas.

Para além dos aspectos de natureza médica, pais e mães, genéticos ou não, e dadores e dadoras de gâmetas necessitam de informações acerca dos impactos destas técnicas a nível psicológico e familiar e de conhecer as experiências vividas pelos seus semelhantes nesta situação. É por isso fundamental desenvolver estudos que analisem de forma compreensiva estas importan-

tes questões com repercussões a longo prazo, assim como as problemáticas éticas, político-científicas e de saúde suscitadas pelas aplicações mais recentes das técnicas de RMA. Atendendo aos impactos sociais que a regulação terá a longo prazo, a aplicação da Lei deverá ser acompanhada por inquéritos públicos regulares, procedendo a revisões, sempre que necessário. Legislar precipitadamente sobre os novos desenvolvimentos científicos e tecnológicos normalmente resulta em legislações frágeis. Logo, nesta corrida jurídico-legal é fundamental conceber medidas de acompanhamento e supervisão da Lei e preparar políticas científicas e de saúde numa perspectiva jurídica.

NOTAS

12 Referimo-nos, em termos sintéticos e generalistas, às seguintes técnicas: fertilização ocorrida fora do corpo da mulher e transferência de embriões, seja com esperma do marido, do companheiro ou de dador e/ou óvulos da própria ou de dadora; inseminação intra-uterina, seja com esperma do marido, do companheiro ou de dador; e outras técnicas que assistem a fertilização ou a fertilidade dos óvulos e que facilitam a aderência e desenvolvimento do óvulo fertilizado.

13 O Catolicismo e o Islamismo condenam a maioria das técnicas de RMA, ao passo que o Judaísmo e o Protestantismo são relativamente mais tolerantes. No entanto, estas últimas crenças religiosas também rejeitam a selecção do sexo da criança, excepto se esta selecção pretender evitar a transmissão de uma doença hereditária grave ligada ao sexo, e geralmente proibem a doação de gâmetas e a maternidade de substituição.

14 Nesta técnica a inseminação não está a cargo da natureza, pois o esperma é injectado directamente no óvulo. Por este motivo, esta é a única técnica que pode ser efectivamente considerada como uma fertilização assistida.

15 Na Hungria, nascem apenas 1300 crianças como resultado de cerca de 6200 tratamentos. Estes dados não traduzem

com exactidão o cenário actual, sobretudo porque existem crianças que nascem em instituições diferentes daquelas onde aconteceu a fertilização in vitro e porque os relatórios institucionais apenas disponibilizam dados agregados.

16 *Fortpflanzungsmedizingesetz*, 14 de Maio de 1992.

17 Act 460 de 1997.

18 Act on Insemination, 1984: 1140, *Act on Procreation* 1988: 711.

19 *Embryonenschutzgesetz*, 1990.

20 Publicado a 19 de Fevereiro de 2004 na edição da *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*.

21 Cada vez mais crianças vivem em famílias monoparentais ou em famílias recompostas criadas após o divórcio. A decisão de ter um filho é protelada para idades cada vez mais tardias, o que pode significar uma maior ponderação no processo de tomada desta decisão em relação às gerações anteriores.

22 A lei n.º LVII de 2005 substituiu o art.º 91(1)(d) da Lei n.º XXII de 1992 no Código de Trabalho.

23 Esta situação também acontece nas disposições legais relativas à adopção na Hun-

gria: um bebé só pode ser adoptado por uma pessoa com menos de 45 anos de idade.

24 Artigo 167(1) da Lei sobre Cuidados de Saúde (Lei n.º CLIV de 1997).

25 Caso *Davis v. Davis* 842 SW 2d 588 (Tennessee, 1992).

26 Quando a Lei dos Cuidados de Saúde estava a ser elaborada na Hungria, no direito francês começava-se a esboçar a ideia de que deveria ser permitida a possibilidade de dar continuidade unilateral a um tratamento já iniciado face à morte do pai ou em situações de divórcio, alegando o interesse da mãe e da futura criança. O facto de haver mulheres que ficaram sós após vários anos de tratamentos dolorosos, contribuiu para a emergência de vários processos judiciais neste domínio, mas o direito francês, entre outros, apenas considerava os pedidos de casais para poder transferir embriões para o útero da mulher, pelo que as mulheres sós se viam obrigadas a recomeçar de novo os tratamentos com um outro marido e/ou companheiro. Como resposta a esta situação, a Lei Húngara de 1997 permitiu que as mulheres nestas situações continuassem os tratamentos sózinhas e solicitassem a transferência de embriões.

27 *Hecht v. Superior Court* 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Ct. App. 1993).

28 Ver glossário no final desta publicação.

29 Há que realçar, entre outras, as seguintes publicações: o relatório de Hans Galjaard elaborado para a UNESCO, *Report of the International Bioethics Committee (IBS) on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line Intervention* (2003); a opinião 72 do Comité Nacional Consultivo de Ética Francês sobre a disseminação do diagnóstico genético pré-implantação (Junho de 2002); Human Fertilisation and Embryology Authority (2001), *Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*; Human Genetics Commission (2001), *Response to the Human Fertilisation and Embryology Authority on the Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*; Human Fertilisation and Embryology Authority (s/d), *Background paper on Preimplantation Genetic Diagnosis with HLA tissue typing*.

30 Artigo 182(3) da Lei sobre Cuidados de Saúde (Lei n.º CLIV de 1997).

31 Artigo 182(1) da Lei sobre Cuidados de Saúde (Lei n.º CLIV de 1997).

32 Não é claro que a telegráfica proibição da separação de células embrionárias na legislação Húngara se aplique à investigação em células estaminais embrionárias.

33 Trata-se da Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: "Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina".

BIBLIOGRAFIA

Cook, R.J. et al. (2003). *Reproductive Health and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Donovan, P. (1986). New Reproductive Technologies: Some Legal Dilemmas. *Family Planning Perspectives*, 18 (2), 57-60.

Frydman, R. (1997). *Dieu, la médecine et l'embryon*. Paris: Editions Odile Jacob.

Habermas, J. (2001). *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Harris, J. & Holum, S. (orgs.) (2000). *The Future of Human Reproduction*. Oxford: Clarendon Press.

Overall, C. (1995). Frozen Embryos and "Fathers' Rights". Parenthood and Decision-Making in the Cryopreservation of Embryos. In J. C. Callahan (org.) *Reproduction, Ethics and the Law* (pp.178-198). Bloomington: Indiana University Press.

Riviere, P. (1985). Unscrambling Parenthood: The Warnock Report. *Anthropology Today*, 1 (4), 2-7.

Robertson, J. A. (2004). Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction. *American Journal of Law & Medicine*, 30, 7-40.

Sándor, J. (2000). Reproductive Rights in Hungarian Law: A New Right to Assisted Procreation?. *Health and Human Rights*, 4(2), 196-219.

Spoerl, J. S. (2000). Forum on Public Morality — Making Laws on Making Babies: Ethics, Public Policy, and Reproductive Technology. *The American Journal of Jurisprudence*, 45, 93-116.