

A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia

Gianluca Maria Bella

Sumário

1. Introdução. 2. A fecundação medicalmente assistida e a legislação internacional. 3. Perfis comparados de fecundação artificial. 3.1. Bélgica. 3.2. Canadá. 3.3. Alemanha. 3.4. França. 3.5. Itália. 3.6. Reino Unido. 3.7. Espanha. 3.8. Estados Unidos.

1. Introdução

O debate entre filósofos, políticos, juristas, biológicos, religiosos e laicos sobre a fecundação artificial ou, se preferir, “procriação medicalmente assistida” (P.M.A.), como é denominada em alguns países, continua até hoje muito vivaz e problemático. A bioética (etimologicamente dependente de *bios*/vida e *ethos*/moral) ocupou-se de tal delicada e discutida matéria em várias ocasiões, sem até hoje ter alcançado um justo equilíbrio entre laicos e católicos a respeito do verdadeiro significado de “família”.

Na sociedade contemporânea, caracterizada e fortemente influenciada pelo poder tecnológico, o homem pós-moderno considera-se como o *dominus* de grandes potencialidades, às quais pretende correspondam a máxima autonomia e liberdade. Consequentemente, da importância mesma do poder tecnológico derivam os perigos para a vida, para a liberdade e para a segurança, dos quais dependem os novos direitos, ou seja, os “direitos de última geração”.

Gianluca Maria Bella é Consultor Jurídico em direito estrangeiro. Bacharel em Jurisprudência pela Università degli Studi di Napoli Federico II – Itália. Especialista em Direito Administrativo e Ciência da Administração pela Università degli Studi di Napoli Federico II – Itália. Doutor em Direito pela Università degli Studi del Molise – Itália. Advogado e Consultor da Agência Consular da Itália. Delegado para os estados de Maranhão e Bahia da Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio do Nordeste.

Os “direitos de primeira geração” são todos aqueles que visam limitar o poder do Estado e reservar ao indivíduo ou a grupos restritos de indivíduos uma esfera de liberdade de ação; os “direitos de segunda geração” são os direitos políticos que se caracterizaram pela mais ampla difusão e frequente participação de membros da coletividade no interior do poder político; enfim, os “direitos de terceira geração” são os direitos sociais, que expressam novos valores, como aqueles do “bem-estar” e da igualdade não somente formal, que poderiam também ser chamados como “liberdades através e por meio do Estado”.

Nessa perspectiva, pretende-se que o Estado fixe algumas proibições e limitações à técnica, mas tendo em conta as diferenças culturais da atual sociedade e, portanto, superando as antigas culturas monoéticas caracterizadas por uma única moral válida para todos os consorciados. Tal “exigência” foi determinada, por um lado, pela graduação dos valores éticos e sociais, considerados já ultrapassados, e, por outro, pelo aumento considerável das imigrações, que determinaram conseqüentemente novas regras comportamentais e novos modelos éticos. Pense-se nas mudanças significativas nas relações entre homem e mulher.

O atual desenvolvimento da técnica e da pesquisa sobre a genética e sobre a ginecologia representa formas de intervenção tecnológica acima do indivíduo que determina inevitavelmente uma mudança antropológica. Portanto, todas as formas de “engenharia genética” consentem obter os mais amplos e diferenciados resultados. Pense-se em uma mulher de idade já avançada que pode artificialmente procriar (o “fenômeno das mães-avós”) ou em um casal não fértil que pode criar recorrendo à doação de semente do marido ou do companheiro estável (fecundação homóloga) ou de uma terceira pessoa (fecundação heteróloga) ou, enfim, em uma viúva que pode gerar com o gérmen conservado do marido já falecido (fecundação *post mortem*).

Trata-se de hipóteses de fecundação simplesmente inimagináveis no passado.

2. A fecundação *medicalmente assistida* e a *legislação internacional*

A fecundação homóloga é reconhecida em quase todos os países que têm legislado nessa área, enquanto a fecundação heteróloga é consentida em alguns Estados da América do Norte, no Reino Unido, na Espanha, na Áustria e na França; é proibida na Itália.

Porém, a legislação canadense não faz diferença entre fecundação homóloga e heteróloga, pois admite que o doador possa ser qualquer pessoa, também um terceiro, que simplesmente forneça o material reprodutor. As legislações espanhola, sueca, norueguesa, austríaca e francesa preveem para o casal que acessa a fecundação *medicalmente assistida* de tipo heteróloga uma especial tutela da privacidade, que, nos Estados Unidos, é baseada no conceito de “liberdade”, enquanto na Europa, no conceito de “dignidade” da pessoa (WITHMAN, 2004).

A fecundação heteróloga põe diferentes problemas ético-jurídicos acerca da legitimidade do nascido no interior da família e do eventual desconhecimento de paternidade. Os Estados que a reconheceram e aceitaram-na proclamaram normas especiais para resolver essas questões.

A fecundação em vidro (*Fivet*) é limitada à fecundação homóloga na Áustria, Noruega e Suécia, enquanto é admitida, também a fecundação heteróloga, nas legislações do Reino Unido, da Inglaterra, da Áustria, da Espanha, onde a conservação de embriões é prevista por um período não superior a cinco anos.

As leis australiana, francesa, italiana, alemã e sueca proíbem o dito “útero em aluguel”, ou maternidade subrogada, em que um casal contrata uma mulher (mãe uterina) para levar à conclusão a gravidez e ceder o nascido ao casal comitente. Nos

Estados Unidos, salvo algumas diferenças entre estados, tal prática é admitida, assim como é admitida a venda de ovócitos mediante contratos de compra e venda sob pagamento de um preço, que é estipulado entre a agência e a doadora, que tem direito ao anonimato.

A técnica de FMA (fecundação medicamente assistida) torna-se problemática quando a mulher comitente é também estéril e, portanto, recebe em aluguel o óvulo para a formação do embrião de outra mulher (mãe genética), a qual consequentemente torna-se também mãe biológica. Dessa forma, a mãe subrogada (mãe uterina) na conclusão da gravidez entrega o recém-nascido ao casal comitente.

Ao contrário, a lei alemã não admite que a mãe biológica e a mãe genética (que efetivamente pariu) sejam dissociadas, pois somente a univocidade da maternidade garante o bem-estar do recém-nascido.

A atual legislação internacional unanimemente proíbe a reprodução de seres humanos até para o laudável objetivo de curar doenças genéticas por meio de células estaminais¹. Com a criação em série de indivíduos com os mesmos caracteres genéticos, realizar-se-ia a violação do princípio da dignidade humana, prescrito pelo art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem, elaborada pela UNESCO, e pelo art. 1 do Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e sobre a Biomedicina de Oviedo de 4 de abril de 1997. A proibição absoluta em campo internacional não se baseia somente em motivos éticos ou filosóficos, mas também em dados científicos, segundo os quais a clonagem humana determinaria o nascimento de clones portadores de malformações e patologias de vários tipos. A distinção entre clonagem humana e terapêutica não é aceita pelo Parlamento Europeu, que, pela Resolução de 7 de setembro de 2000, determinou que não somente a “clonagem reprodutiva humana”,

¹“Le cellule staminali consentono la riproduzione del tessuto o organo delle cellule stesse”.

mas também aquela terapêutica estão em contraste com as normas de segurança pública, elaboradas pela União Europeia.

Da clonagem humana diferencia-se a “clonagem terapêutica” (legalizada na Grã-Bretanha), em que se consente a reprodução de tecidos ou órgãos por meio de células-tronco do mesmo paciente. Dessa forma, evita-se o perigo de rejeito, pois trata-se de células do mesmo paciente. Apesar de tudo, em caso de violação da proibição de clonagem, são previstas severas sanções, também de caráter penal. A pesquisa sobre a clonagem humana é bem problemática, também por causa da proibição em campo internacional, pois essencialmente achada contrária a qualquer princípio ético e confessional.

Por esse motivo, nos Estados Unidos, no *Oregon National Primate Research Center*, foi desfrutada a técnica baseada na fusão de um óvulo com um núcleo extraído por uma célula de gameta adulto.

Na Suécia, desfrutando a técnica já praticada em 1997 no *Roslin Institute*, de uma célula adulta (o “caso da ovelha Dolly”) foi clonado um macaco, do qual foram extraídos embriões que depois foram colocados no útero de outras macacas². Os pesquisadores festejaram esse resultado científico, tendo em vista a futura clonagem humana, embora a experimentação anteriormente realizada não alcançasse totalmente os resultados, pois nenhuma das macacas, às quais foi implantado o embrião, terminou a gravidez.

Recentemente na empresa científica californiana *Stemagen*, foram clonados cinco embriões humanos obtidos por células adultas da pele e, na Grã-Bretanha, a Autoridade para a Embriologia e a Fecundação autorizou a Universidade de Newcastle e o *King's College* de Londres a criarem embriões híbridos com óvulos de animais.

²“Oltre alla clonazione della pecora Dolly avvenuta nel 1997 ve ne sono state altre: nel 2000 nell'Univerty delle Hawaii è stato clonato un topo; nel 2001 in U.S.A. un bovino; nel 2002 nel Texas un gatto; nel 2003 in Italia un puledro; nel 2005 a Seul un cane”.

Outra área problemática é representada pela “diagnose pré-implante”, especialmente na Itália, onde alguns juizes das cidades de Cagliari e de Florença a admitiram, embora em contraste com as linhas-guia do Ministério da Saúde (Lei n. 40 de 2004). A diagnose pré-implante consiste num exame genético que permite individuar eventuais patologias do embrião. Em outros termos, por esse procedimento, constata-se o estado de saúde do embrião antes do transplante no útero da mulher.

A *ratio legis* dos Estados que admitem a diagnose pré-transplante sobre o embrião fecundado em vidro é de evitar tratamentos genéticos sobre embriões doentes. Em outros termos, a fecundação artificial é colocada na mais geral proibição de selecionar por escopos terapêuticos os embriões para os casais não férteis e não inférteis que sofram de graves doenças genéticas, que podem ser individuadas pela diagnose genética pré-transplante dos embriões no procedimento de fecundação em vidro. Portanto, se o procedimento de fecundação artificial fosse admitido e os pais manifestassem a vontade de evitar o nascimento de um filho gravemente doente, desfrutariam a interrupção das operações de transplante do embrião, sem recorrer, posteriormente, ao aborto terapêutico.

Relativamente às técnicas admitidas para a fecundação medicalmente assistida, essas são executadas por meio da fecundação em vidro (Fivet) ou por inseminações artificiais. No primeiro caso, o concebimento é realizado em laboratório, e, no segundo, dentro do corpo da mulher. A legislação alemã, suíça, italiana e austríaca prevê que as técnicas de produção dos embriões, tendo em conta o desenvolvimento técnico-científico, não devem criar um número de embriões superiores àqueles estritamente necessários para um único e contemporâneo implante (no máximo, três).

O requisito universalmente requerido na maior parte dos países é aquele da impossibilidade de o casal gerar de forma

natural. Por exemplo, na Áustria, na Itália e na Espanha, é admitida somente no caso em que não forem possíveis outras técnicas contra a infertilidade; na Espanha e na França, quando for necessário para evitar a transmissão de uma doença hereditária.

Em campo internacional, alguns Estados, como França, Espanha, Reino Unido, Áustria, Suíça, Alemanha, Suécia, Hungria, Canadá, Estados Unidos, Austrália e Noruega, optaram por uma legislação proibidora e outros, por uma legislação muito liberal. Evidentemente, cada Estado enfrentou as questões de forma diferente diante de uma matéria na qual, como já percebemos, é ainda aberto o debate sobre as posições éticas e religiosas, baseadas principalmente no mito da família tradicional, formada pelo casal heterossexual unido em casamento.

A tutela da vida pré-natal, ou seja, do embrião coloca-se no difícil debate, ainda em andamento, entre os católicos e os laicos a respeito de qual é o momento do “começo da vida humana” e quais sejam as “fases do seu desenvolvimento”. Segundo os católicos, o começo da vida coincide com a fase da fecundação, enquanto, segundo os laicos, coincide com o 14º dia da gestação. O critério que tem o caráter da moralidade estabelece que “o começo ontológico do procedimento materno-energético que cria e identifica o novo indivíduo coincide com o momento no qual realiza-se a formação da primeira cópia do seu genoma”³, que acontece após 30-40 horas a partir da fusão dos dois gametas⁴.

O elemento fundamental da fecundação artificial é a relação entre embrião vida/sujeito/pessoa física.

A formação do embrião é admitida no Reino Unido, enquanto a pesquisa é proibida na Áustria, Noruega, Suíça e Alemanha. A legislação espanhola permite a pesquisa sobre o embrião, enquanto a francesa permite prévia autorização escrita do casal doador e

³ “Il genoma consiste nella mappa di identificazione di tutti i segmenti di Dna dei geni”.

⁴ “I gameti sono uova e spermatozoi preparatiper la fecondazione naturalmente o artificialmente”.

prévia autorização da autoridade judiciária. Na Itália, é proibida a experimentação sobre cada embrião humano, enquanto é permitida a pesquisa para finalidades terapêuticas, finalizadas à tutela da saúde do embrião mesmo. Nos Estados Unidos, ao contrário, é proibida a criação de embriões para finalidades de pesquisa, enquanto na Bélgica é admitida a pesquisa sobre os embriões em vidro em determinadas situações.

Na maior parte dos Países (Áustria, Itália, Noruega, Hungria, Suécia, Austrália, França, Alemanha), vigora a proibição da inseminação *post-mortem*, que é admitida, ao contrário, em vários Estados americanos e no Reino Unido. Na Espanha, é admitida até nos seis meses posteriores à morte sob a condição de que haja uma expressa vontade contida num testamento ou num ato público do *de cuius*. A proibição italiana, ao contrário, acha a própria justificação no consentimento do menor de idade de ter ambos os pais, também se não se acha sinalização naquela Constituição ou em outras leis. Portanto, do exame comparado das diferentes legislações, acha-se que o debate não é ainda concluído na difícil procura de um justo equilíbrio entre direito e ética.

3. Perfis comparados de fecundação artificial

3.1. Bélgica

A Bélgica, com a Lei de 11 de maio de 2003, autorizou a pesquisa sobre os embriões humanos e a clonagem terapêutica com proibição daquela reprodutiva, aderindo dessa forma ao “princípio da procriação”, estabelecido na Declaração da Conferência do Rio de 1992 sobre o Ambiente e o Desenvolvimento e no Tratado Europeu de Maastricht, como elemento fundamental das políticas ambientais e sanitárias no âmbito europeu e no direito internacional⁵.

⁵ “Il c.d. principio di precauzione deve essere applicato in tutte quelle decisioni allorquando non sia possibile stabilire con certezza la previsione de eventi gravi ed irreversibili”.

Como todas as outras leis, também aquela belga desfruta uma terminologia técnica, pela qual fornece algumas definições, especialmente aquela de “embrião humano” produzido por um único embrião fecundado por um conjunto de tecidos.

Na Bélgica, assim como em outras Nações, verificaram-se opiniões contrastantes entre os “fatores da vida”, que excluem qualquer manipulação e proteção do embrião, pois acham que os embriões em excesso⁶ teriam dignidade humana, e aqueles que acham que os embriões não colocados no projeto de parentesco poderiam ser utilizados livremente para a experimentação científica.

O Legislador belga, no art. 3, inciso 5, da mencionada Lei, admitiu a pesquisa sobre os embriões em excesso ou sobre aqueles criados *ad hoc* somente nos primeiros quatorze dias de desenvolvimento dos mesmos e taxativamente depois de ter sido demonstrada a inexistência de uma técnica alternativa

3.2. Canadá

O Senado canadense, em março de 2004, aprovou a «Lei em matéria de tecnologias reprodutoras» (*Assisted Human Reproduction Act*), após intensos debates de natureza jurídica, ética e científica, alcançando gradualmente uma opinião aceita por todas as partes. O Legislador, bem ciente do fato que as normas proclamadas têm um significado extremamente técnico, deu definições exatas de «embrião», como “organismo humano” durante os primeiros cinquenta e seis dias do seu desenvolvimento por causa da fertilização, e de «doador», como um “sujeito do qual se extrai o material reprodutivo humano” (HERDER, 2002), portanto sem distinções entre fecundação homóloga e heteróloga.

⁶ “Gli embrioni in soprannumero sono oggetto di un processo di crioconservazione e possono essere congelati e trasferiti in un altro ciclo in modo tale che la donna non debba di nuovo sottoporsi a processi di stimolazione ovarica”.

Essa Lei foi considerada por parte da doutrina entre as legislações mais liberais, mas, no mesmo tempo, limitadoras, pois protege especialmente a saúde da mulher em relação àquela do seu companheiro e garante a saúde e o bem-estar do nascituro. Em outros termos, a normativa é caracterizada pelo princípio da “autodeterminação”, da saúde, da segurança e da dignidade de todas as pessoas envolvidas nas várias fases das técnicas reprodutivas. As atividades de fecundação artificial são submetidas à vigilância e ao controle de uma Agência (*Assisted Human Reproduction Agency of Canada*), que registra as informações relativas à saúde dos doadores e das pessoas que têm desfrutado a fecundação assistida e os concebidos. A lei prevê uma série de normas para a tutela da privacidade, e, portanto, todas as informações são sigilosas e podem ser resolvidas exclusivamente pelo consenso da pessoa interessada (FOSTER, 2002).

3.3. Alemanha

No direito alemão, a Lei de 13 de dezembro de 1990, após ter estudado as definições de fecundação assistida “em vivo” e “em vidro”, admite aquela heteróloga promovida pelo marido ou pelo companheiro (SEIDEL, 2002). Os procedimentos de conservação, de diagnóstica pré-implante e de pesquisa sobre os embriões artificiais enfrentam os efeitos da fecundação artificial no direito civil (a maternidade em aluguel e a paternidade na fecundação artificial heteróloga) e na Constituição (tutela da dignidade humana, da família e do casamento), além da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção do Conselho de Europa. A importância dessa lei é, por um lado, a proteção do embrião e, por outro, a procura da intervenção do Estado mediante promulgação de leis idôneas a justamente equilibrar o direito à dignidade e à personalidade da mulher e do doador com os interesses do nascituro.

Nesse contexto, colocam-se as linhas diretrizes do Conselho Científico da Ordem Nacional dos Médicos, que ressaltou o caráter vinculador do médico na observância da técnica para a fecundação artificialmente assistida. As linhas diretrizes especificam que é admitida a fecundação homóloga, enquanto, para a fecundação heteróloga, é necessário o consenso de uma Comissão médica nomeada pela Ordem dos Médicos (maternidade subrogada). Não é admitida a fecundação entre casais homossexuais ou solteiros.

A normativa sobre a tutela do embrião proíbe transferir mais de três embriões no mesmo ciclo menstrual (art.1, c. 1, n. 3 Lei fundamental); a limitação do número de embriões se reduz em dois no caso de mulheres abaixo de 25 anos. A técnica da fecundação assistida deve ser necessariamente perseguida por um médico, a fim de evitar sanções penais.

3.4. França

Na França, a fecundação medicalmente assistida é disciplinada pela Lei nº 94-654 de 29 de julho de 1994 (relativa à doação e à utilização do próprio corpo, à procriação medicalmente assistida e à diagnose pré-natal). Essa Lei se caracteriza por ser fortemente limitadora da fecundação artificial, sendo considerada como um remédio não natural contra a infertilidade patológica e, portanto, não é admitida para as mulheres solteiras ou *partners* de casais homossexuais.

A fecundação heteróloga é consentida, sob a condição de que não haja desconhecimento de paternidade e no caso que não haja risco de transmissão de doenças.

Não é admitida a fecundação *post mortem*, nem a gravidez subrogada.

3.5. Itália

Na Itália, a legislação da fecundação medicalmente assistida é muito articulada entre proibições, sanções, *referendum* e discussões.

Trata-se de uma verdadeira *diatriba* entre valores, direitos, interesses e pretensões, na qual o legislador se vira com cautela na tentativa de balancear opostas opiniões.

A fecundação artificial é disciplinada pela Lei nº 40 de 25 de fevereiro de 2004 (Normas em matéria de procriação assistida) e pelas linhas diretrizes dos decretos do Ministério da Saúde de 21 de julho e de 04 de agosto de 2004. A partir da sua promulgação, a Lei em questão subiu vivazes críticas e reações devidas também à revitalização das discussões entre católicos e laicos. Consequentemente, foram propostos quatro *referenda*, entre outros, aquele sobre a ab-rogação da inteira lei por inconstitucionalidade. As referendas não tiveram sucesso e, portanto, a Lei nº 40 de 2004 permanece em vigor.

Além das críticas, o Legislador entendeu «favorecer a solução dos problemas reprodutivos dependentes da infertilidade humana» por «causa acertada e certificada pelo médico», no caso em que não haja outras medidas terapêuticas eficazes, assegurando «os direitos de todos os sujeitos envolvidos, incluído o concebido».

O decreto do Ministério da Saúde de 21 de julho de 2004, usando os dois termos como sinônimo, define a esterilidade e a infertilidade como uma doença, cujo tratamento é a fecundação medicalmente assistida⁷.

Ao contrário, alguns acham que a fecundação artificial não é um tratamento contra a esterilidade e infertilidade, pois não se trata de remediar uma doença, mas na realidade de criar uma nova vida. Segundo o art. 01 da Lei nº 40 de 2004, que se ocupa do embrião e tem como referência o inciso 02 do art. 01 cód. civ., “os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento do nascimento”.

⁷ “La sterilità-infertilità consiste nell’assenza di concepimento oltre i casi di patologia riconosciuta dopo dodici/ventiquattro mesi di regolari rapporti sessuali. E come una malattia la classifica l’Organizzazione Mondiale della Sanità, mentre la terapia sarebbe la fecondazione artificiale, secondo la legge 40/2004”.

Às técnicas de fecundação artificial podem recorrer somente os casais de sexo diferente, maior de idade, e em idade potencialmente fértil, casados ou conviventes, e ambos em vida. Foi instituído um específico Registro Ministerial das estruturas autorizadas para a utilização das técnicas de fecundação medicalmente assistida.

É proibida a fecundação *post mortem* e aquela heteróloga; é admitida somente aquela homóloga. O acesso às técnicas é limitado aos casos de esterilidade ou infertilidade que devem ser documentados com certidão médica e depois que os interessados tenham sido detalhadamente informados pelo médico sobre as medidas, sobre os problemas bioéticos e sobre os possíveis efeitos colaterais, sanitários e psicológicos consequentes à aplicação das técnicas de fecundação. Além disso, o médico deve informar que os nascidos após fecundação artificial adquiram o *status* de filhos legítimos e naturais não efetivamente por causa do nascimento, mas devido a declaração de nascimento e depois que os pais tenham dado o próprio consenso por escrito conjuntamente ao médico responsável da estrutura. O consenso dado pode ser revogado até o momento da fecundação do óvulo.

Enfim, na Itália, como em outros Estados, está em vigor a proibição de “útero” ou maternidade subrogada. Para a tutela do embrião, o art. 15, inciso 1, da mencionada Lei admite somente a pesquisa para a finalidade terapêutica e diagnóstica, excluindo qualquer tipo de pesquisa clínica e experimental.

3.6. Reino Unido

O Reino Unido foi o primeiro País no mundo onde foram utilizadas as técnicas de fecundação em vidro. Em 1978, por essa técnica nasceu um ser humano. Diante desse acontecimento e preocupado com as consequências futuras, o Governo criou uma Comissão (*Report of the Committee of Inquiry Human Fertilization and Embryology*)

com a função de, por um lado, aprofundar a pesquisa médica e científica na área da fecundação humana e do embrião e, por outro, de fornecer as devidas garantias de caráter social e ético. É evidente que esta “revolução reprodutiva” não pode ser isenta de críticas por parte daqueles que são preocupados pelos desenvolvimentos incontrolados da manipulação da vida humana. Portanto, a Comissão pediu ao Legislador para regulamentar a fecundação medicalmente assistida, achando um justo balanço entre os interesses envolvidos.

Em 30 de outubro de 1990, foi proclamada a Lei «Human Fertilization and Embryology Act 1990», que se caracteriza por ser a mais liberal a respeito entre as dos outros Países.

Os conceitos mais importantes enunciados nesta normativa são: a permissão de criação de embriões humanos e a utilização de embriões em excesso inutilizáveis para a pesquisa científica, além da possibilidade de criação de embriões para escopo científico, sob a condição de que não tenham ainda passados 14 dias do óvulo fertilizado; é proibida a reprodução de seres humanos.

Ao longo dos anos, a Lei que criou os códigos de regulamentação dessa matéria foi discutida e interpretada por juízes, que, na maioria dos casos, optaram pela afirmação da liberdade e das autonomias individuais. Nesses termos, a utilização das técnicas de procriação medicalmente assistida é consentida também para mulheres solteiras e a “fecundação em vidro” (*Fivet*) é admitida também no caso de fecundação heteróloga. É proibida a inseminação *post mortem*.

A diagnose pré-implante, pela qual é possível saber se o embrião fecundado é afeito ou não a doenças genéticas, de modo que a mulher autônoma e livremente possa decidir utilizar ou não a fecundação artificial, é admitida na maioria dos casos.

Em 2005, a Lei de 1990 foi submetida a uma releitura por parte do Departamento de Saúde inglês (*Select Committee on Science*

and Technology) e foi reduzida ao mínimo a intervenção do Estado nessa matéria.

3.7. Espanha

A Espanha foi certamente um dos primeiros Países europeus a aceitar a aposta de uma intervenção do legislador numa área minada como aquela das “biotecnologias reprodutivas”. Em 22 de novembro de 1988, foi proclamada a Lei 35 em matéria de liberdades sexuais. Como em outros Países, essa Lei foi objeto de fortes críticas, sobretudo em relação à falta de um preventivo debate ético, social e jurídico.

O objetivo da Lei foi o de disciplinar o acesso às técnicas de fecundação e aos eventos imediatamente consequentes, a partir de uma correta e imparcial informação e sem “pressões ideológicas, políticas ou confessionais”.

As técnicas reprodutoras admitidas são: a inseminação artificial e a fecundação em vidro com transferência do embrião. O pedido de acesso a essas técnicas deve provir de uma mulher maior de idade bem informada sobre o sucesso do resultado e dos eventuais riscos.

A Lei 35 de 1988 não requer que a mulher seja casada, pois esse requisito assume relevância somente em relação aos nascidos por causa de fecundação. O pedido de acesso às técnicas deve ser completado pelo consenso escrito do marido, obviamente se a mulher é casada. Esse consenso é necessário fundamentalmente para permitir ao recém-nascido assumir o estado de filho legítimo. O consenso exclui qualquer impugnação de legitimidade da filiação. Até as mulheres solteiras e as viúvas podem acessar as técnicas da fecundação medicalmente assistida.

As críticas mais fortes provêm da previsão de utilização da técnica da “fecundação *post mortem*”, que prevê implicitamente a possibilidade de conservar uma lembrança do *partner* falecido. Tal decisão é tomada no momento em que a viúva é frustrada psicofisicamente. Além disso, a mulher pode

utilizar um embrião de doador externo ao casal (fecundação heteróloga). Em caso de fecundação heteróloga, esta deve ser realizada mediante um contrato, revogável, estipulado a título gratuito entre o doador de embrião e um Centro médico, que acertará o bom estado psicofísico de saúde e a ausência de doenças genéticas hereditárias ou infectivas do doador.

Como dito, para a gravidez subrogada nas várias formas de acesso às técnicas de fecundação medicalmente assistida, é necessário o preventivo consenso, que deve ser livre, ciente, expresso e escrito. Tal consenso, segundo o art. 2, inciso 4 da Lei, pode ser revogado até o momento anterior à inseminação ou à transferência no útero do ovócito já fecundado.

Em relação ao número de “pré-embriões”⁸ que podem ser transferidos para o corpo da mulher, a Lei deixa tal decisão ao médico, tendo em conta a idade, a conformação física e a esterilidade. Em suma, o médico decide cada vez o número de pré-embriões a serem transferidos ao corpo da mulher, a fim de evitar excesso, embora os embriões em excesso possam ser conservados nos bancos dos Centros médicos por cinco anos e sem a especificação da eventual destinação, uma vez vencido tal prazo (?).

A Lei 45 de 2003, que modificou a Lei 35 de 1988, previu uma nova disciplina

⁸ “L’espressione ‘pre-embrione’ è stata utilizzata dall’Exposicìon de motivos al posto di embrionali. Infatti L’Exposicìon de Motivos distingue tra ‘pre-embrione’ e feto. Il pre-embrione è il ‘gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell’ovulo da quando è fecondato sino approssimativamente a quattordici giorni dopo, quando si annida stabilmente all’interno dell’utero terminato il processo di impianto che si è iniziato giorni prima, e appare in lui la linea primitiva.’ L’embrione è riferito alla ‘fase di sviluppo embrionale che, continuando la precedente se si è completata, segnala l’origine e l’incremento dell’organogenesi o formazione degli organi umani’, una fase la cui durata sarebbe di circa due mesi e mezzo. Per feto si intende ‘la fase più avanzata dello sviluppo embriologico’ nella quale si può riconoscere l’embrione come dotato di ‘apparenza umana’ e con gli organi formati che maturano a poco a poco preparandolo per assicurare la sua vitalità e autonomia dopo il parto”.

para a conservação dos embriões e dos pré-embriões, admitindo a conservação dos mesmos por parte do Ministério da Saúde e por um período igual àquele da vida fértil da mulher, para uma eventual posterior transferência intrauterina.

No ano 2005, o Ministério da Saúde espanhol autorizou a pesquisa sobre células-tronco, apesar da forte oposição da Igreja Católica.

No dia 16 de fevereiro de 2006, foi aprovado pela Câmara dos Deputados um projeto de lei que revê em alguns casos algumas normas contidas na anterior Lei 35/1988 modificada pela Lei 45/2003. O projeto ressalta a proibição de pesquisa para a clonagem humana e define o pré-embrião como «embrião em vidro, constituído por um grupo de células dependentes da divisão progressiva do ovócito, pela fecundação até 14 dias posteriores».

Algumas mudanças nas leis anteriores foram:

- a lista taxativa das técnicas reprodutoras, descritas na Lei 35 de 1988, é substituída pela faculdade concedida ao governo de atualizar as técnicas, acompanhando o desenvolvimento das pesquisas científicas;

- o consenso para a doação de embriões pode ser revogado não somente por “infertilidade sobrevinda”, como previsto na lei anterior, mas também “onde haja a exigência”. A doação pode determinar “um incentivo econômico” segundo os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

- o anonimato dos doadores é anulado “em caso de perigo certo para a vida ou a saúde do filho” e não como antes em caso de comprovado perigo, como previsto na Lei 35 de 1998;

- o prazo para o acesso à técnica de fecundação *post mortem* é prorrogado de seis a doze meses. É confirmada a proibição de maternidade de substituição;

- os pré-embriões conservados poderão ser destinados para o uso pessoal da mulher e do marido.

A diagnose pré-implante será possível para acertar a existência de doenças graves que não poderão ser curadas após o nascimento. É admitida a utilização de embriões para finalidades de pesquisa, com a possibilidade de fecundação de ovócitos animais com líquido seminal humano, concluindo a experimentação após a primeira divisão celular.

Os Centros e os serviços médicos, nos quais se praticam as técnicas de fecundação medicalmente assistida, serão submetidos a controles periódicos para verificar se permanecem os requisitos técnicos necessários para o funcionamento. São instituídas nas comunidades autônomas Comissões com atividade de suporte e de colaboração à *Commissiòn Nacional de Reproduciòn Humana Assistida*.

3.8. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o debate sobre o embrião e as relativas técnicas de fecundação medicalmente assistida é centralizado nos princípios constitucionais de inspiração liberal e na relação entre o Estado e o cidadão, segundo a qual ao Estado e ao legislador deva ser preclusa qualquer ingerência na autonomia individual.

De opinião diferente, são as doutrinas que ressaltam a importância da defesa do embrião, do concebido e do recém-nascido por parte do legislador e da jurisprudência.

A legislação norte-americana mais significativa em matéria de fecundação medicalmente assistida é constituída pela Lei federal de 24 de outubro de 1992 (*Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*), que, por intermédio do *Center For Disease Control and Prevention*, certifica os resultados positivos da aplicação das técnicas de fecundação assistida; pelo Decreto Clinton de 03 de outubro de 1995, instituidor da *Protection of Human Research Subjects on National Bioethics Advisory Commission*, que deve emitir pareceres acerca dos planos bio-

éticos na área da pesquisa e sobre a bioética da pesquisa; pelo Decreto Bush de 28 de novembro de 2001, que substitui aquele do seu anterior, fundador do Conselho Presidencial de Bioética (*The President's Council on Bioethics*), que expressa os pareceres de bioética a serem submetidos ao Presidente sobre a pesquisa, sobre o embrião, sobre as células estaminais, sobre a fecundação medicalmente assistida e sobre a clonagem.

Fundamentalmente, o Decreto Bush, como aqueles dos predecessores, proibiu a criação de embriões para finalidades de pesquisa. Nesse contexto, pode-se reconhecer o direito fundamental da pessoa ao acesso às técnicas de fecundação artificial, somente se tal direito se torne garantido pela Constituição ou pela liberdade da pessoa de decidir se e de que forma chegar até a procriação.

O Legislador pôs alguns limites, como a proibição da pesquisa sobre fetos e embriões em excesso. Foi estabelecido que o número máximo de embriões a serem transferidos deve ser calculado em referência à idade, e, de qualquer forma, nunca superior a cinco por paciente.

A fecundação heteróloga masculina é consentida a partir do ano 1990 e o doador não goza do anonimato; o consenso do marido à fecundação artificial heteróloga vincula o mesmo à paternidade. Relativamente à doação de gametas femininos, a fecundação subrogada consente, em alguns Estados, o pagamento dos custos da gestação e dos relativos riscos, sob a condição que o casal unido em casamento tenha obtido a homologação do mesmo pelo Foro. A mãe uterina deve renunciar ao seu direito parental, mantendo, ao contrário, a liberdade de interromper a gravidez por motivos de saúde.

Em relação à fecundação *post mortem*, o Legislador norte-americano reconhece a existência do ligame jurídico da filiação sob a condição de que haja um consenso expresso em vida.

Referências

FOSTER, Jennifer, SLATER, Barbara. Privacy and assistend human reproduction: a discussion paper. *Health Law Review*, n. 1, v. 1, 2002.

HERDER, Matthew. Donate a definition. *Health Law Review*, n. 1, 2002.

SEIDEL. *Munchener commenta zun Burgerlichen Csetzbuch em Rebman*. Alemanha: Monaco, 2002.

WITHMAN, J. Q. *The two western cultures privacy*. Yale: L. J. 2004.