

UM CASO DE SELECÇÃO DE EMBRIÕES

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Em 3 de Novembro de 2001, o jornal “Público” publicou uma notícia intitulada “Orçamento financia selecção de embriões”. Nesta notícia dava-se conta de um projecto destinado a praticar o Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGP).

Destaco algumas passagens que merecem um comentário, do ponto de vista do Direito da Medicina:

«O Centro de Histocompatibilidade do Norte (CHN), no Porto, [...] quer começar a usar uma técnica de diagnóstico genético em embriões para salvar crianças com leucemia e outras doenças que exijam o transplante de medula.

A técnica passa pela análise de embriões concebidos pelos progenitores, que são seleccionados de acordo com a sua compatibilidade com a criança doente. “O processo consiste em retirar uma célula de cada embrião para análise. Os embriões compatíveis ao nível do HLA (antígenos leucocitários humanos) são depois implantados no útero da mãe através de técnicas de fertilização” [...].

“Depois de a criança nascer, utiliza-se apenas o sangue do cordão umbilical, que é processado e infundido no irmão doente [...]”.

O que será aplicado à criança doente serão as células estaminais do sangue – células que ainda não se especializaram e, por isso, têm a capacidade de se trans-

formarem noutras células do sangue, como é o caso dos glóbulos brancos (os atingidos pela leucemia) [...].

“Do sangue serão retiradas as células estaminais que irão repovoar a medula da criança doente e substituir as células doentes. Mas como neste caso têm os antígenos HLA semelhantes serão mais histocompatíveis, reduzindo o risco de rejeição [...]”.

Numa gravidez normal, há apenas 25 por cento de probabilidade dos pais conceberem uma criança compatível ao nível do HLA com o irmão, com cancro.

“[...] entre seis e oito embriões devem ser necessários para obter o HLA pretendido, já que a probabilidade de haver um embrião compatível em cada quatro nem sempre se verifica. Os embriões não utilizados “tal como noutros casos, serão deitados fora” [...].

O financiamento do PIDDAC vai permitir ao centro fazer as primeiras investigações [...].

“Vamos pedir um parecer à comissão de ética, e depois começar a fazer ensaios com embriões excedentários para minorar erros e dificuldades [...]”.

I. O Projecto do Centro de Histocompatibilidade do Norte, em face do art. 18.º, n.º 1, da Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHB)¹. O Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGP) está sujeito a esta norma?

¹ Esta Convenção foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa e foi assinada em 1997, em Oviedo. Foram poucos os países que a ratificaram e incluíram no direito interno, depois de a assinarem – 16 em 31. Em Portugal, o texto (publicado no DR de 3 de Janeiro de 2001) entrou em vigor no dia 1 de Dezembro de 2001.

O teor do art. 18.º é o seguinte: “*Pesquisa em embriões in vitro* 1 -- Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma adequada protecção do embrião. 2 -- A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.”

O art. 18.º, n. 1, da CDHB não conseguiu estabelecer um regime substancial para a pesquisa em embriões que pudesse ser aceite por todos os países integrantes do Conselho da Europa; as divergências são grandes, sobretudo entre o Reino Unido, que quer produzir embriões para experimentação, e a Alemanha, que não quer utilizar para esses fins mesmo os embriões congelados que sobram da fertilização *in vitro*. O único consenso que se atingiu foi no sentido de remeter a disciplina sobre a matéria para cada Estado, que, se admitisse a experimentação sobre embriões, ficaria obrigado a regular o assunto numa lei, com a injunção expressa de dispensar ao embrião “uma adequada protecção”; a existência de uma lei, com disposições procedimentais (pelo menos), seria o mínimo que a Convenção exigiria para garantir a “adequada protecção do embrião”.

Penso que a pesquisa em embriões a que se refere aquele artigo é aquela que supõe uma utilização dos embriões tal que conduza à sua destruição ou, pelo menos, à sua inaptidão para a implantação e desenvolvimento uterino; foi esta utilização possível dos embriões excedentários que concitou as apreensões. Não creio que se deva incluir no conceito de pesquisa e, portanto, no âmbito de protecção do art. 18.º, n.º 1, qualquer outro tipo de intervenção que não provoque danos no embrião. Será o caso das simples observações ou de intervenções ligeiras não prejudiciais².

Pelo modo como é apresentado, o Projecto de tipagem HLA para selecção de embriões haplóidênticos usa a técnica do Diagnóstico Genético Pré-

-implantação (DGP). Esta técnica supõe que se retira uma célula de um embrião, para estudo do cromossoma 6 e determinação do HLA. Salvo erro, a técnica do DGP não provoca danos no embrião, que mantém intacta a sua capacidade de desenvolvimento celular, na direcção de uma implantação e de uma eventual gestação. Isto será assim quer se utilizem embriões excedentários saudáveis quer se usem embriões excedentários “inviáveis” — aqueles que tenham sido produzidos no contexto da fertilização *in vitro* mas apresentem defeitos genéticos que os eliminem da implantação uterina.

Sendo assim, a montagem da técnica laboratorial projectada não cabe nas preocupações subjacentes ao art. 18.º, n.º 1, da CDHB e, portanto, o regime que este contém não se lhe aplica.

É certo que, numa atitude radical de censura de toda e qualquer utilização de embriões humanos, poderíamos dizer que aqueles embriões vão ser instrumentalizados para se prosseguir um fim que lhes é alheio e de que não beneficiarão nunca, mesmo que não se lhes cause um prejuízo.

Mas, por um lado, na mesma lógica exacerbada, acabaríamos por dizer que a simples observação de um embrião também é uma forma de instrumentalização rejeitável; por outro lado, poderemos afirmar que o afastamento da protecção conferida pelo art. 18.º, n.º 1, não significa que esteja excluída toda a protecção conferida pelo sistema jurídico. Designadamente, poderá continuar a dizer-se que os embriões participam da dignidade da vida humana afirmada pela Constituição da República, na medida

² O texto original francês usa “recherche” e o inglês usa “research” quer no título quer nos dois números do artigo; mas não é forçoso que isto impeça as distinções que se mostrem necessárias.

A tradução portuguesa usa “pesquisa” no título e no n.º 1, e usa “investigação” no n.º 2, sem razão aparente. O art. 7.º do Projecto de Lei n.º 90/IX, pendente na Assembleia da República, também usa as palavras “investigação” e “experi-

mentação” sem critério; desde logo, no n.º 1, proíbe a “investigação ou experimentação” em embriões — o que, tornando ilícita a mera observação científica, seria manifestamente exagerado!

Julgo que acabará por prevalecer a ideia de que, num conceito lato de investigação (científica), caberão a investigação não destrutiva e a investigação destrutiva ou experimentação.

em que são embriões de seres humanos, e não de animais, e isto deve justificar que se proibam as utilizações levianas ou abusivas desses embriões. Mas é exagerado afirmar que a utilização de embriões, nos termos em que foi noticiada, merece estas qualificações.

II. O Projecto do Centro de Histocompatibilidade do Norte, em face do art. 18.º, n.º 2³, da CDHB, que proíbe a criação de embriões para experimentação

No momento da utilização normal da técnica, serão produzidos embriões num número quádruplo dos que serão aproveitados (supondo que a probabilidade de surgir um embrião HLA idêntico ao filho vivo é de 25%). Esta sobreprodução de embriões para garantir a descoberta de um embrião seleccionável cria embriões excedentários, tal como a procura de êxito na fertilização *in vitro* normal leva a fecundar mais óvulos do que se espera implantar no útero. Os embriões que não exibirem a característica procurada são inúteis no processo em causa e, portanto, vão engrossar o número dos chamados “excedentários”, cujo destino é sentido como problemático^{4/5}.

Sendo assim, pode perguntar-se se a utilização da técnica do DGP está proibida, por força do art. 18.º, n.º 2, da CDHB, na medida em que se criam embriões excedentários para em seguida os seleccionar.

³ “2 -- A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.”

⁴ Esta produção de embriões excedentários só não existiria durante a fase preliminar do Projecto, em que se usariam embriões já existentes, sobrantes da Fertilização *in vitro* “inviáveis”.

⁵ É significativo o caso Nash, ocorrido no ano 2000, nos E.U.A.: para obter um embrião HLA compatível com a filha que sofria de anemia de Fanconi, com o intuito de produzir uma gestação e transfundir sangue do cordão umbilical com células estaminais que haviam de restaurar a medula da doente, os pais produziram vinte e quatro embriões saudáveis, dos quais cinco eram HLA compatíveis

Creio que esta norma não é aqui aplicável, em primeiro lugar porque o DGP não é uma simples técnica de investigação científica – mas sim uma técnica de diagnóstico, que serve uma finalidade clínica previamente definida; em segundo lugar, porque os embriões não são criados para constituírem material de investigação científica – mas sim para se prosseguir uma terapia desejada, que supõe a selecção de um embrião, de entre vários.

Mas não deixa de ser insólito que, ao lado das tentativas de reduzir a produção de embriões excedentários – que se exprime por aquela norma ou por outros esforços no sentido de restringir a fertilização de ovócitos a um número limitado, nos processos de fertilização *in vitro*⁶ – possamos admitir uma prática despreocupada do Diagnóstico Genético Pré-implantação.

III. O Projecto do Centro de Histocompatibilidade do Norte, em face do art. 14.º da CDHB

O Projecto anunciado visa “a selecção de embriões humanos haploidênticos”, e este propósito pode ser confrontado com o art. 14.º da CDHB⁷. A pergunta será: é permitida a selecção de embriões com base no seu tipo de HLA?

O art. 14.º da CDHB tornou ilegítima a escolha do sexo da criança a nascer, “salvo para evitar doenças hereditárias ligadas ao sexo”. Como se vê, este pre-

com a irmã doente e um desres resultou numa gravidez com sucesso (ADAMS, K.- *Ethical considerations of applications of preimplantation genetic diagnosis in the U.S. In 14th World Congress of Medical Law, Book of Proceedings II, p. 420-4*).

⁶ Como no Decreto n.º 415/VII, art. 20.º, aprovado pela Assembleia da República, em 1999. Esta limitação foi muito contestada pelos médicos que praticam a PMA e constituiu, provavelmente, a razão mais forte do veto presidencial que impediu a promulgação dessa lei.

⁷ “*Não selecção do sexo* — Não é admitida a utilização de técnicas de procriação assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.”

ceito rejeita a admissão/exclusão de embriões do sexo masculino/feminino por mera conveniência ou gosto ou, pelo menos, por razões alheias aos interesses clínicos.

O Projecto em causa, no entanto, não visa a selecção de sexo, mas sim a selecção de embriões HLA idênticos ao irmão vivo que há-de beneficiar de um transplante de medula. Esta selecção não está prevista em qualquer diploma legal vigente em Portugal e, assim, não pode dizer-se que é expressamente proibida.

IV. O Projecto do Centro de Histocompatibilidade do Norte, em face do conjunto das indicações habituais para a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

De acordo com os *standards* nesta matéria, o recurso à PMA costuma justificar-se no caso de esterilidade do casal, ou quando se pretende evitar que o casal transmita ao nascituro uma doença, seja esta hereditária ou infecciosa.

Este caso, porém, mostra a utilização das técnicas de procriação assistida fora dessas indicações habituais; aqui, na verdade, apenas se pretende socorrer um filho já nascido, e esta indicação não consta, habitualmente, das normas que regulam a PMA.

Mas não há obstáculo legal a esta utilização, no direito português. Poderia haver, se o Decreto n.º 415/VII, de 1999, tivesse sido promulgado. Este diploma restringia as “condições de admissibilidade” do uso das técnicas de procriação assistida àquelas grandes indicações — esterilidade e prevenção ou tratamento de anomalias genéticas do casal. E o mesmo acontecerá se vier a ser aprovado e promulgado o texto semelhante que consta do Projecto de Lei n.º 90/IX, de 2002, apresentado à Assembleia da República pelo Partido Socialista.

V. Utilização das técnicas de DGP no Projecto de Lei n.º 90/IX, do Partido Socialista

O Projecto de Lei n.º 90/IX, de 2002, contém várias normas que têm relevo para este assunto:

- no art. 2.º, n.º 2, afirma-se que “é (...) lícito o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida com o fim de proceder à prevenção e ao tratamento de anomalias de origem genética conhecida”;

- no art. 5.º, n.º 2, “sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 2.º”, proíbe-se a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida “para conseguir determinadas características do nascituro, designadamente a escolha de sexo”;

- no art. 7.º, n.º 3, afirma-se que “só serão permitidas técnicas de diagnóstico genético pré-implantatório de reconhecido valor científico em termos dos benefícios delas resultantes para o embrião”;

- o art. 35.º, n.º 1, al. c), manda aplicar ao diagnóstico pré-implantação as normas do capítulo IV, que tratam da fecundação *in vitro*;

- o art. 35.º, n.º 2, afirma que a intervenção sobre o pré-embrião “apenas pode ser utilizada para assegurar a sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, ou para tratar uma doença grave ou impedir a sua transmissão”.

O sentido destas normas nem sempre é claro.

O art. 7.º, n.º 3, parece banir todas as utilizações do DGP, a não ser aquelas que possam trazer benefícios ao embrião sobre o qual incidem. Porém, dado que ainda não é possível fazer intervenções clínicas no embrião, através de terapia génica, não se vê o que é que a norma, afinal, autoriza.

Quanto ao art. 5.º, n.º 2, é estranho que ele pretenda proibir a utilização de técnicas de PMA para

escolher o sexo do embrião, sendo certo que o art. 14.º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHB), que é lei interna no nosso país, admite a utilização do DGP para escolha de sexo com o intuito de evitar a implantação de um embrião com uma doença hereditária transmitida por um dos sexos.

Por sua vez, o art. 2.º, n.º 2, pode ter, pelo menos, dois sentidos. Num primeiro sentido, pode querer dizer, apenas, que se admite o recurso à Procriação Medicamente Assistida pelos casais que, não sendo tecnicamente inférteis, podem transmitir ao nascituro uma doença genética; estes casais poderão pretender uma dação de um gâmeta por terceira pessoa, que evite a produção de um embrião com anomalias⁸. Este sentido parece ser o mais natural no quadro de um artigo preliminar que define quem pode recorrer às técnicas de PMA. Num segundo sentido possível, este art. 2.º, n.º 2, pode querer dizer que todas as técnicas de procriação medicamente assistida serão lícitas, incluindo o DGP e a eliminação de embriões “inviáveis”, sempre que se pretenda evitar o nascimento de um filho com uma doença genética⁹, ou tratar uma anomalia genética¹⁰. Este entendimento, porém, deixaria ainda mais insólito o art. 7.º, n.º 3, que rejeita expressamente a utilização das técnicas de DGP que não visem o benefício do próprio embrião; mas seria o modo de tranquilizar os técnicos de procriação assistida que pretendam usar o DGP para averiguar se um embrião tem defeitos genéticos importantes que recomendem a sua exclusão da implantação uterina¹¹.

⁸ Este era o sentido expresso no antigo Anteprojecto elaborado, em 1987, pela Comissão para o Enquadramento Legislativo para as Novas Tecnologias, que permitia o recurso à PMA quando “embora os beneficiários sejam férteis, existir risco sério, que não possa ser evitado sem recurso àquelas técnicas, de transmissão ao nascituro de doença hereditária ou infecciosa grave” (art. 3.º, n.º 1) – cfr. Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, *Utilização de técnicas de procriação assistida (Projectos)*. Coimbra, Centro de Direito Biomédico, p. 40.

O art. 35.º, n.º 1, al. c), ao mandar aplicar, com as devidas adaptações, o capítulo IV do Projecto, terá o efeito de impedir a prática do DGP, com as finalidades do Centro de Histocompatibilidade, por um modo indirecto. De facto, este tipo de utilização do DGP implica a criação de embriões num número muito superior ao que vai ser conduzido para uma gestação; ou seja, este tipo de utilização do DGP cria necessariamente muitos embriões excedentários. Ora, o citado capítulo IV do Projecto de Lei tem como um dos seus propósitos fundamentais impedir a criação de embriões excedentários. Assim, se este projecto de lei for aprovado e entrar em vigor, parece claro que contraria a produção de embriões compatíveis quanto ao HLA.

O art. 35.º, n.º 2, por sua vez, não é claro. A norma admite que se usem técnicas de PMA não só para detectar doenças hereditárias, mas também para impedir a transmissão de doenças graves; devia então esclarecer-se se é lícito destruir os embriões que revelem essas doenças.

Por último, não ajuda à clareza destas normas o facto de, em algumas, se falar genericamente em “técnicas de procriação medicamente assistida” – o que pode incluir naturalmente o DGP – e em outras se estabelecer especificamente um regime para o DGP – o que pode sugerir que nas primeiras normas não se incluía, afinal, o DGP.

⁹ Ou ainda tratar uma doença genética de um filho já nascido?

¹⁰ Por terapia génica?

¹¹ É claro que seria verdadeiramente impróprio vir a considerar ilícita esta triagem na fase anterior à implantação para, numa fase posterior, considerar não-punível a interrupção da gravidez. Mas, de facto, a referência específica às técnicas de DGP, nos moldes radicais em que aparece feita no art. 7.º, n.º 3, parece proibir a utilização do DGP que tenha por finalidade proceder àquela triagem.

VI. A técnica do DGP, a destruição de embriões e os critérios legais de não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez

Com base na suposição de que a técnica projectada se possa praticar, numa fase inicial, com embriões excedentários “inviáveis”, pode perguntar-se quais são os critérios usados para fazer um juízo de “inviabilidade”.

Em face das normas do Código Penal português e do caso especial das chamadas “indicações fetopáticas”¹², a interrupção da gravidez só é não-punível se houver “seguros motivos” para supor que o nascituro virá a sofrer de “grave” mal formação ou doença genética. Pode perguntar-se se a eliminação de embriões na sequência de DGP deve obedecer aos mesmos critérios, de tal modo que não seja lícito rejeitar embriões com a expectativa de uma doença não-grave ou com uma probabilidade de doença grave que não esteja fundada em “seguros motivos”.

A aplicação ao DGP dos critérios que tornam não-punível a IVG careceria de justificação. Em primeiro lugar, tal propósito só teria sentido se a destruição de embriões fosse punida — e ainda não é. Por outro lado, a utilização daqueles critérios suporia também que a vida *in vitro* devesse ter a mesma protecção que a vida intra-uterina — o que também não é maioritariamente aceite. Como também não é aceite uma analogia entre a vida intra-uterina e a vida depois do parto; de facto, no nosso Direito também não são aplicáveis à protecção do feto as normas sobre homicídio e ofensas corporais de pessoa já nascida, porque se entende que os “bens jurídicos” protegidos são

diferentes — no primeiro caso a vida intra-uterina e no segundo a vida da pessoa já nascida¹³ e a integridade física¹⁴.

Assim, pode dizer-se que a eliminação de embriões na sequência de DGP está apenas sujeita aos vagos limites da dignidade humana que for reconhecida ao embrião, e aos limites da ética médica; mas não está sujeita aos critérios legais previstos para a IVG.

Um outro tópico que chama a atenção para as diferenças quanto à protecção da vida *in vitro* e da vida *in utero* é o do “risco da biópsia”. De facto, o DGP é uma técnica que envolve um “risco de biópsia” de 5%; isto é, há cinco por cento de casos de destruição do embrião. Vem a propósito lembrar uma regra que se aplica noutro contexto: a amniocentese é considerada uma técnica invasiva, com um risco de morte fetal de 1%, e o Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97 só admite a sua prática quando o mal que se quer detectar for grave (n. 3, a)). Tendo em mente esta regra, será lícito expor o embrião a um risco cinco vezes maior, à procura de um benefício para o filho já nascido, e quando não se espera detectar qualquer mal nesse embrião? Mais uma vez, a resposta tem de encontrar-se na assunção de que a vida intra-uterina é diferente da mera existência embrionária — um embrião *in vitro* não é um feto, e a protecção que o Direito dispensa a este último não vale também para aquele. É claro que, depois de seleccionar um feto compatível com um irmão já nascido, seria ilícito interromper a gestação dos outros, que tivesse sido iniciada, por não serem aproveitáveis; mas não está proibido seleccionar um embrião compatível e congelar ou destruir os outros.

¹² Art. 142.º. Veja-se J. FIGUEIREDO DIAS — *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.184 e seguintes.

¹³ J. FIGUEIREDO DIAS — *Comentário Conimbricense cit.*, p. 4 e 148.

¹⁴ PAULA RIBEIRO DE FARIA — *Comentário Conimbricense cit.*, p. 203.

VII. Conclusão

Creio que o Projecto de tipagem de HLA para selecção de embriões haploidênticos, anunciado no jornal “Público”, não contraria, por enquanto, regras legais vigentes no nosso país, quer no ponto em que faz uso de embriões, quer no momento em que vier a produzir embriões excedentários para obter embriões haploidênticos.

Este projecto, no entanto, suscita já apreensões legítimas, na medida em que esta particular aplicação do DGP terá por consequência necessária a produção de embriões excedentários. Por outro lado, a procura de um irmão “à medida” pode ser entendida por uns como uma instrumentalização, e degradação, da pessoa; outros, pelo contrário, chamarão a isso solidariedade familiar e um motivo de orgulho¹⁵.

No momento em que o Projecto n.º 90/IX se tornasse lei, contendo a aplicação do seu capítulo IV ao DGP, penso que o projecto de tipagem do HLA, que estava nas intenções do Centro de Histocompatibilidade do Norte, se tornaria ilegal.

¹⁵ Esta discussão ética tem sido travada, recentemente, no Reino Unido, a propósito do caso Hashmi. O casal Hashmi tem um filho com seis anos que sofre de Beta Talassémia e precisa de uma transfusão de sangue com células estaminais capazes de regenerar a sua medula óssea, que não consegue produzir hemoglobina e glóbulos vermelhos suficientes. O sucesso da intervenção supõe que o dador seja compatível, mas é difícil encontrar um. O casal quer produzir embriões, por fertilização *in vitro*, até encontrar aquele que seja perfeitamente compatível para o efeito desejado. Em 2001, a Autoridade que regula os procedimentos de procriação medicamente assistida (HFEA) deu a licença pedida. Mas, logo a seguir, o grupo de opinião CORE recorreu ao tribunal para que este impedisse o processo, com os argumentos de que não se pode abrir a porta à pretensão de ter filhos com esta ou aquela característica; e de que uma criança não pode ser produzida com a intenção de servir o interesse de outra pessoa. O casal, porém, recorreu desta decisão e obteve uma sentença que o autoriza a prosseguir.

A verdade é que não há qualquer prova de que a criança que venha nascer fique diminuída na sua dignidade pelo facto de ter sido concebida na previsão de poder vir a salvar a vida do irmão; por outro lado, a produção de embriões excedentários não parece perturbar o Reino Unido, já que a maioria (70%) dos inquiridos numa sondagem recente afirmou que é aceitável destruir embriões se se tiver a intenção de tratar doenças graves (JULIET TIZZARD – *A tissue-matched baby: what's wrong with that?* BioNews n.º 203, 14/4/03, em <http://www.progress.org.uk/News/>).

Num caso posterior – o caso Whitaker – a Autoridade competente recusou a licença com o argumento de que, ao contrário dos Hashmi, o casal só tinha pretendido que o novo filho servisse de dador de medula, sem procurar que ele próprio não tivesse a doença que aflige o irmão; o casal foi realizar o DGP a Chicago – cfr. BioNews n.º 217, 20/7/2003, no site referido.

