



Embriões Excedentários nas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida.

João Proença Xavier¹

RESUMO: Este artigo visa a “Problemática Actual” do destino a dar aos embriões excedentários nas técnicas de reprodução medicamente assistida e a consagração desta problemática nos dois ordenamentos Ibéricos comparados Português e Espanhol de Procriação Medicamente Assistida.

Palavras chave: Embriões Excedentários; Direito Comparado; Direitos Humanos, Reprodução Medicamente Assistida.

ABSTRACT: This article, from our “Actual Problematic”, wants to shed a light on the possible destination of spare embryos generated from medically assisted human reproductive techniques, in what concerns its consignment in the two Iberian reproductive compared laws of Medically Assisted Reproduction in Portugal and in Spain.

Keywords: Spare Embryos; Compared Law; Human Rights, Medically Assisted Reproduction.

Na reprodução Medicamente assistida muitas vezes produzem-se embriões em número superior ao necessário para implantação na mulher, criando-se embriões excedentários também chamados “*embriões sobrantes*”...

O Parlamento Europeu em 1989 determinou que os embriões (sobrantes) devem ser “*todos*” transferidos para a mulher para contribuir e impedir a criação de embriões que são também chamados supranumerários.

Em Portugal: “*O Projecto Português sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (já controlava) intencionalmente o número de embriões resultantes da fertilização in vitro ao estritamente necessário, segundo o estado actual da ciência, para o sucesso da procriação (artigo 35º).*”

O Projecto Português determinava que todos os embriões obtidos deveriam ser implantados na mulher beneficiária das técnicas na primeira transferência, mas só se não se compromettesse a saúde da mulher ou dos futuros filhos nascidos com esta acção, defendendo que só neste caso especial poderia haver “*embriões sobrantes*”, cujo destino se teria depois que decidir...

Assim a responsabilidade da futura utilização dos embriões recai sobre os beneficiários das técnicas de reprodução medicamente assistida (RMA), portanto os

¹ Universidade de Salamanca (Espanha)



embriões não implantados serão crioconservados por um período de 2 anos para futura utilização pelos beneficiários para os quais foram criados, podendo estes manifestar o desejo de “usa-los” em período posterior a este prazo.

Para aumentar as “chances” de êxito, muitas vezes, são fertilizados mais óvulos do que aqueles que são necessários para ser implantados na mulher, dado que a implantação de todos os óvulos (em excesso) no seu útero pode causar-lhe a morte ou gerar gravidez múltipla não desejada.

Assim surgem os “embriões sobranes”, “excedentários” ou “supranumerários”...

A Proposta de Lei Portuguesa nº 135/VII sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida de 1 de agosto de 1997 determina no seu Artigo 20º (Princípio Geral) “1 – Na Fecundação *in vitro* não deve haver lugar à criação de embriões excedentários. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, deve proceder-se apenas à inseminação do número máximo de ovócitos a cuja transferência os beneficiários hajam dado o seu consentimento.... 3- O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal, que será objecto de registo justificativo. ”

E reforça no Artigo 21º: (Destino dos Embriões) “1- Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, todos os embriões resultantes da fecundação *in vitro* devem ser transferidos para o útero não sendo permitida a sua destruição. 2- A transferência de todos os embriões só não será efectuada se a tal se opuserem razões ponderosas, relacionadas com o risco de sobrevivência dos mesmos ou com a imparcialidade de sua transferência para o organismo materno no ciclo ovocitário em que tiveram origem. 3- Os embriões que, não tiverem sido transferidos devem ser congelados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos. 4- Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser destinados a outro casal cujas indicações médicas de esterilidade o aconselhem, sendo os factos determinantes objecto de registo justificativo. 5- O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos projectados beneficiários, ou do que seja sobrevivivo...6- Na falta do consentimento ou de acordo entre os projectados beneficiários, a decisão cabe ao tribunal competente em matéria de família da área da sede do estabelecimento onde tiver sido realizada a fecundação. ”



A investigadora portuguesa Stela Marcos Neves Barbas denomina estes embriões como “órfãos” (como se tratasse de filhos sem pai nem mãe) e sobre o seu destino determina várias “hipóteses”:

Criopreservação? Transferência para o útero da mulher beneficiária no mesmo ciclo reprodutivo ou em ciclo posterior ao da fecundação *in vitro* do embrião ou embriões a que pertencem? ¿Doação a outro casal/ par? ¿Utilização na investigação? Ou simplesmente a sua destruição?

Sobre a utilização de embriões excedentários na investigação, Neves Barbas pensa que se for admitida, implicará sempre a sua posterior destruição dos embriões, porque não admite a implantação no útero da mulher de um embrião sujeito a experimentação científica, de facto concordamos que isso não seria correcto nem de um ponto de vista meramente legal, nem de um ponto de vista moral e ético, numa perspectiva dos direitos humanos centrada na dignidade da pessoa humana que defendemos.

Sobre a criopreservação dos embriões, com o decurso de 6 meses, um ano, dois anos ou mesmo de 10 anos² de acordo com prazos de várias legislações, estes embriões “órfãos” quando não utilizados, serão também “eliminados.”

Sobre a destruição dos embriões, cito Oliveira Ascensão no seu conceito de “embrionicídio”: *“O embrionicídio no exterior do corpo da mulher é figura não prevista na lei penal e que suscita perplexidade. Não é abrangido pelo tipo legal do aborto. Todavia, mesmo hipóteses de aniquilamento fora do útero são configuráveis como aborto. Pode imaginar-se que o embrião seja retirado vivo do corpo da mulher para ser aniquilado. Parece que há então um aborto, só sendo diversas das comuns as vias de o realizar”.* (2)

Também Capelo de Sousa sublinha que a morte dos embriões excedentários é um ilícito civil nos termos dos Artigos 483^o/ss e 70^o do Código Civil Português (3). Onde Stella Barros retira a conclusão de que: “Não é lícito matar para gerar” e indica a leitura de Ángeles López³ sobre a estatística de 1983 realizada pelo Queen Vitória Medical Center in Austrália, que refere que de cada 984 embriões implantados só nascem 95 filhos, destruindo-se assim os outros 889 embriões sobrantes, o que corresponde a uma

² Cit.: CAHEGE (Estrasburgo, Outubro de 1984) proponía: “...se limitarán de forma estricta el número de embriones obtenidos por FIV y transferidos al número necesario para el éxito de la procreación: y si es posible, serán transferidos todos los embriones obtenidos.”(...) “Las Leyes nacionales fijarán el período de tiempo máximo que deberán permanecer almacenados los embriones congelados; en principio no será superior a diez años.” Ver também a Lei Inglesa de 1 de Novembro de 1990 que: estabelece como prazo máximo de dez anos para a conservação de gametas e de cinco anos para a conservação de embriões.

³ Cit. “O Direito” Ano 121^o, IV, Outubro- Dezembro, 1989, p.706, sobre Angeles Lopes, “ Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley española sobre técnicas de reproducción asistida”.



percentagem de cerca de 91 por cento e quase 9,5 por cento respectivamente. Segundo a Professora de Coimbra, esta percentagem alcançará maior expressão se se incluírem, para além dos embriões implantados, os embriões produzidos por fecundação *in vitro* “que logo se perdem antes da transferência.”

Para Rodríguez Luño y Lopes Mondejar (5) deve ser considerado uma desordem moral grave toda e qualquer Acção dirigida de modo deliberado à supressão de um ser humano em estado embrionário. Retirar a vida humana em qualquer estágio de desenvolvimento não pode ser encarado como um recurso disponível para o desenvolvimento de um projecto científico, médico, social e político, etc., por muito relevante que seja.

Por isso parece-nos muito importante desenvolver meios para proteger o embrião no futuro.

Sobre a doação, Neves Barbas (pensa o mesmo que o Mestre de Coimbra, Rafael Reis e Vale), distingue dação de doação de embriões. Sobre a dação, no sentido do Professor Oliveira Ascensão defende –se a posição da maioria dos autores que defendem que não existem grandes dificuldades relativamente à determinação da maternidade e paternidade, na dação mãe é a pessoa que gesta o filho, que tem a gravidez e o parto (ver Artº1796 nº1 do Código Civil Português.), a paternidade é do presumido marido, segundo Neves Barbas “Pater is est quem justae nuptiae demonstrant”, e quando não sejam casados a paternidade vem determinada pelas formas comuns de estabelecimento da paternidade fora do matrimónio (ver: Artº 1826º nº1 y 1796º nº 2 ambos do Código Civil Português.).

O problema que coloca a investigadora portuguesa e outros autores é que: “... a *dação anónima além de consubstanciar uma instrumentalização da pessoa humana põe em causa o direito ao conhecimento da proveniência genética; viola o direito ao património genético.*” (4). Para alguns autores a dação anónima conduzirá à produção de embriões excedentários, porque com a morosidade dos processos de adopção é natural que aumentem as “adopções pré-natais” de embriões excedentários, contrariando a noção principal de evitar a existência de embriões supranumerários.

Resulta, portanto, que, a dação incluiu a doação e venda dos ditos embriões sobranes.



Apesar de serem conhecidos os riscos e consequências ilícitas, é conhecida a existência de cadeias de comercialização de embriões a pesar desta Venda estar proibida em ambos os ordenamentos jurídicos Português e Espanhol, sendo que a venda de embriões configura uma “mercantilização do ser humano” nos mesmos moldes que sabemos que acontece com a venda de transfusões de sangue ou dos transplantes de órgãos humanos.

Sobre a transferência para o útero da mulher beneficiária das técnicas de RMA num mesmo ciclo reprodutivo ou num ciclo posterior ao da fecundação in vitro do embrião ou embriões que lhe pertençam, pensa Neves Barbas que esta opção “é a *mais correcta*”, mas entende que existem vários problemas associados: o falecimento da mulher ou do marido, divórcio/separação do casal, ou inclusivamente desinteresse na gravidez... problemas que aumentam com a questão das gravidezes múltiplas e do excesso de embriões que pode por em risco a saúde, a integridade física e inclusivamente a própria vida da mulher...

Neste sentido, penso que devemos usar todas as técnicas para evitar a criação desnecessária de embriões sobrantes...mas se por algum acaso se criarem mais embriões do que os necessários, estes devem ser implantados no útero da progenitora no decurso do ciclo ou de ciclos posteriores ao da fecundação in vitro.

Na direcção de Neves Barbas esta posição vai mais além: “se por algum motivo (ex: doença temporária da mulher) esta solução apresentada não seja viável, recorre-se à criopreservação.” (4) *“Y de ahí viene la crioconservación del resto de los óvulos fecundados no transferidos, en previsión de que fracase la transferencia primera y haya que repetirla. Con lo cual y “resumidas cuentas, las graves cuestiones aludidas se reducen a una: la existencia de embriones sobrantes.”*

Para a autora parece certo que cit: “entre liquidar uma vida (morte dos embriões) ou a sua transferência para o útero alheio (inseminação/fertilização heteróloga) esta terá que prevalecer (garantido, claro está o anonimato do donante).” (4)

Num sentido semelhante parece caminhar o autor espanhol Luis González Morán que afirma que: *“De todas formas, en el supuesto de que existan embriones “sobrantes” es más conforme a la dignidad de la vida humana que sean donados a parejas necesitadas, antes que proceder a su destrucción o empleo para fines de comercialización o investigación.”*(6)



Também segundo, Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro: *“Este problema (dos embriões sobrantes) se explica también por un doble factor. Por un lado, porque el tratamiento farmacológico hormonal que requiere la mujer para la estimulación de sus ovarios de cara a la obtención posterior de sus ovocitos, acarrea molestias notables y no está exento de riesgos para la salud. Y por otro, porque las técnicas de reproducción asistida, que en España se llevan a cabo mayoritariamente en clínicas privadas, tienen un alto coste económico para los pacientes. Por la incidencia de estos aspectos, y en aras de la eficiencia de los tratamientos, se suele dar lugar a un número de embriones suficiente, además de para el ciclo en cuestión, para tener también algunos de reserva, de manera que no haya que empezar de nuevo todo el proceso, si fallan los utilizados en primer término o si en el futuro la pareja quiere tener más hijos.”* (7)

Ver Artigo 160 nº2 do Código Penal Espanhol: “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

No Artigo 3 nº 2 da Lei Espanhola 14/2006 não permite a transferência de mais de 3 embriões por ciclo reprodutivo, por tanto los embriones sobrantes no utilizados son congelados en los Bancos de los Centros *“pendientes de un destino incierto”* que *“presumiblemente será la reproducción de la pareja que los generó pero que muchas veces no podrá ser así.”* Sobre o mesmo assunto ver a Lei Portuguesa, Lei 32/2006, Artigo 24º *“1- Na fertilização in vitro apenas haverá lugar à criação dos embriões em número necessário para o êxito do processo...”*

Para Fernando Abellán y Javier Sánchez por vezes o casal acaba “desentendiéndose de sus embriones congelados porque se ha separado”, o porque ja têm um filho fruto das técnicas, porque têm problemas económicos (a manutenção da congelação em Centros Privados custa dinheiro), etc. Aqui se abre um “abanico de opciones” sobre o destino do embrião sobrante, que nem sempre vai garantir-lhe um final reprodutivo...

Conclusão:

Em síntese, das possibilidades enumeradas destacamos as clássicas: criopreservação para “doação” para reprodução em outros “casais”, cessão/doação para a investigação, ou descongelação sem outro fim, supondo estas duas últimas a destruição dos embriões...



Pode dizer-se que a evolução da legislação Espanhola gerou posicionamentos mais garantísticos do embrião, para tal, veja-se em comparação, a Ley 35/1988 (já revogada), sobre técnicas de reproducción humana assistida.

A lei Espanhola acabou por determinar critérios muito mais permissivos que autorizam o uso de embriões “sobrantes” na investigação científica e inclusivamente a sua destruição...

Mas apesar disso pode dizer-se também que o ordenamento jurídico espanhol segue uma regra base: não podem fecundar-se óvulos humanos com qualquer finalidade distinta da procriação conforme indica o Artigo 160 nº2 do Código Penal Espanhol: *“Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”*, aliás como comprova a leitura da Lei Espanhola actual - Ley14/2006 sobre RMA e também da Ley 14/2007 sobre investigación Biomédica.

Espanha também assinou a Convenção de Oviedo, que estabelece a proibição de se constituírem embriões humanos com fins de experimentação, e que proclama que quando a experimentação com embriões in vitro está admitida pela lei ela deve garantir uma adequada protecção do embrião, conforme, o Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, Artículo 18, apartados 1 y 2, cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el B.O.E., nº 251 de 20 de Octubre de 1999.

Tanto em Espanha como em Portugal, a utilização dos embriões, para além dos critérios clínicos que se visam a garantia do êxito reprodutivo do casal/pareja, não deve ter uma utilização prevista diferente da reprodução humana.

Relativamente à Lei Espanhola actual, os autores Fernando Abellán e Javier Sánchez no capítulo “El destino de los Embriones sobrantes de la FIV-ICSI” do seu livro de 2009 sustentam que: *“... a pesar de que la ley de reproducción asistida de 2006 no lo aclara suficientemente, todos los embriones sobrantes viables de las FIV han de ser inmediatamente congelados, sin que quepa disponer nada más generarse estos últimos – es decir, encontrándose en fresco recién creados in vitro- , su destrucción o su utilización para la investigación, opciones que, por el contrario, sí serán válidas legalmente a posteriori.”* ()



Sobre os destinos possíveis dos embriões sobranes da FIV-ICSI, os mesmos autores determinam que a Lei Espanhola de 2006 confere ao casal /pareja “y a la mujer sola” uma série de opções, a saber:

Que sejam criopreservados (ver a Lei Espanhola sobre RMA, Artículo 11 nº4.) nos Bancos dos Centros até que sejam usados pelo próprio casal ou pela (mujer sola), a doação com fins reprodutivos, a doação com fins de investigação ou o fim da sua conservação sem outra utilização.

Sobre a opção cesión para su utilización” por la mujer (ver a Lei Espanhola sobre RMA, Artículo 11 nº6 y Art. 11 nº4 al a) o su cónyuge” (7) *“Y por lo que respecta a cesión de los embriones para utilización por “su cónyuge”, se considera que el legislador sólo ha podido referirse al cónyuge femenino y no al masculino. Es decir, que el precepto se circunscribe a los casos de matrimonios de mujeres (lesbianas) en los que, también en caso de separación o divorcio, o incluso post mortem, podría darse un supuesto análogo al comentado del matrimonio heterosexual...”* *“un ejemplo real sería el de una mujer sola, que realizó un ciclo de FIV en un centro de reproducción en el año 2004 y un ciclo de criotransferencia en el 2005, del que quedo gestante y tuvo gemelos. Del ciclo referido le sobraron 17 embriones congelados y solicitó poder utilizarlos con su pareja lesbiana, con la que había contraído matrimonio, transfiriéndoselos a esta última. Éste sería, por tanto, un caso con encaje legal en el supuesto referido en la ley...”* Hay que tener en cuenta que si por “cónyuge” aceptáramos en este caso también al varón, topariamos con la prohibición de no respetar el anonimato de los donantes- habría una donación abierta y dirigida de la mujer progenitora a favor de nueva mujer receptora del embrión- con la prohibición de la “gestación de substitución”, en el supuesto de que el varón quisiera tener el hijo exclusivamente a título personal valiéndose de útero de otra mujer.”, (ver também o Artigo 6º da Lei Portuguesa de PMA), sobre a donación con fines reproductivos, la donación para la investigación e a final a opción de descongelación o destrucción de los embriones sobranes, recomenda-se a leitura comparada do Capítulo IV da Tese de Doutoramento do autor deste artigo (8), sobre a problemática dos embriões excedentários e o seu estatuto jurídico, onde se pode ver , com a ajuda do suporte legal das leis actuais de PMA em Portugal e Espanha, as opções que actualmente prevêm a resolução deste problemas na prática, onde encontramos coordenadas gerais da protecção da realidade embrionária



in vitro tanto em Portugal como em Espanha que priorizam claramente as opções reprodutivas e de investigação face às opções de destruição.

Finalizando para que possam tirar as pretendidas conclusões pessoais, cumpre destacar um artigo de um Jornal português que apresenta dados sobre a problemática reprodutiva actual, de Filipa Ambrósio de Sousa - Jornalista do “*Diário de Notícias*” que aponta (no seu artigo de 27 de Junho de 2012) que cit.: “Cerca de 130 bebés por ano são filhos de dadores anónimos, quer de esperma, quer de óvulos doados por mulheres. Em 2010, 28 crianças portuguesas nasceram a partir do esperma doado por homens sob anonimato e mais de cem através de mulheres voluntárias na doação de óvulos. Em 2009, os registos foram muito semelhantes: 107 nascimentos por doação femininas e 34 por masculinas. Ainda assim, um número “irrisório” segundo explicou ao DN Ana Rita Laranjeiro, do Conselho Nacional de Procriação Medicamente assistida (CNPMA), no dia em que se assinala o Dia da Fertilidade.

Segundo o CNPMA, foram feitas, em 2010, 161 inseminações artificiais com recurso a dadores anónimos de esperma, em que apenas 15% tiveram sucesso. No ano anterior, foram 160 os casos, com taxa de sucesso de 20%. No caso das doações de óvulos, os dados relativos a 2010 ainda não são conhecidos, mas em 2009 foram doados 352 óvulos por mulheres, que deram origem a gravidezes de outras mulheres (e em 2009, 85 partos resultaram de inseminação através da doação de óvulos).

Em Portugal, 500 mil casais necessitam de recorrer a terapêuticas para conseguirem ter filhos biológicos” (9.)

Filipa Ambrósio de Sousa in “*Diário de Notícias*”

Quinta – Feira, 21 de Junho de 2012, Ano 148º, n.º52 301.

Referências

- 1 -Morán González, L. “Dilemas Éticos de la Medicina Actual -11- Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, p. 165/ss.
- 2 Oliveira Ascensão, J., Direito e Bioética, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, II Julho de 1991, p. 450.
- 3 Capelo de Sousa, R.V.A., “O Direito Geral da Personalidade”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 363.



- 4 Neves Barbas, S.M., “Direito ao Património Genético”, Almedina Coimbra, p. 89 cit.” O Direito” Ano 121º, IV, Outubro- Dezembro, 1989, p.706.
- 5 Rodrigues, Luño A. / Lopes, Mondejar R., “La Fecundación in Vitro” p.103/ss.
- 6 Morán González, L. “Dilemas Éticos de la Medicina Actual -11- Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, pág. 170.
- 7 Abellán, F. & Sánchez-Caro, J. “Bioética y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos clínicos”, Comares, Granada 2009, p. 105/ss.
- 8 Proença Xavier J., “Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico)...Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, Cap. XI, pág. 214/ss y Cap. IV, p. 45/ss.
- 9 (Jornal Português) Diário de Notícias de 21 de Junho de 2012, p. 11.