



ORDEN DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Parecer

Objeto: iniciativas legislativas P JL n.º 214/XIV/1.ª (iniciativa de cidadãos); P JL n.º 223/XIV/1.ª PS; P JL n.º 237/XIV/1.ª BE; P JL n.º 572/XIV/2.ª PCP. P JL n.º 71/XIV/1.ª BE; 247/XIV/1.ª PAN.

Processo: N.A.

Relatora: Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires

I. Enquadramento geral

1. Solicita-nos a Ex.ma Senhora Coordenadora do Grupo de Trabalho da Procriação Medicamente Assistida, Deputada Elza Pais, Parecer, relativamente a dois conjuntos de iniciativas legislativas (*em anexo*), um sobre a questão da inseminação *post mortem* e outro sobre a gestação de substituição, a saber:

a) Inseminação *post mortem*: P JL n.º 214/XIV/1.ª (iniciativa de cidadãos); P JL n.º 223/XIV/1.ª PS; P JL n.º 237/XIV/1.ª BE; P JL n.º 572/XIV/2.ª PCP;

b) Gestação de substituição: P JL n.º 71/XIV/1.ª BE; 247/XIV/1.ª PAN.

2. Constitui atribuição da Ordem dos Advogados, nos termos estatutários, “*Ser ouvida sobre projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da Advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor as alterações legislativas que entendam convenientes*” (artigo 3.º, j). Além disso, é ainda incumbência da Ordem dos Advogados “*contribuir para o desenvolvimento da cultura jurídica e aperfeiçoamento da elaboração do Direito*”. Cremos

que a presente Consulta se inscreve neste último âmbito, dado que não parece que as iniciativas legislativas em apreço, por si só, tenham implicações ou causem limitações ao exercício da Advocacia e do patrocínio judiciário, estando, naturalmente, salvaguardado, nos termos gerais, o papel do Advogado enquanto defensor do Estado do Direito e dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

3. Os diplomas em apreço versam ou afetam bens ou direitos de personalidade e têm ainda implicações no domínio familiar e sucessório. Os direitos de personalidade são, como não poderia deixar de ser, uma área onde não raras vezes se desenham tensões conflituantes entre diferentes valores e entre situações carecidas de tutela. A necessidade de um ponto de equilíbrio e de proporcionalidade revela-se essencial, em particular quando estejam em causa limitações desses direitos, ou negócios jurídicos que versem sobre os mesmos.

Ponderações que se adensam quando são convocadas esferas de vários sujeitos. Nestas hipóteses, os reflexos e exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, que é, além de outras vertentes, apanágio de um Estado de Direito (e, nesta lógica, delimitador da própria liberdade de decisão política), pode legitimar apelos exigentes, mas não postergações da dignidade de cada pessoa (cf. artigos 1.º e 2.º da Constituição da República Portuguesa). Sendo ainda de notar que a própria dignidade da pessoa humana deve poder respeitar a “autodeterminação individual”.

Na lógica do Código Civil, diploma que continua a ser uma coordenada infraconstitucional orientadora, um tal equilíbrio é muitas vezes encontrado através de ponderações feitas pelos próprios tribunais, aplicando cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como o de ordem pública. Certo é que, em certas áreas, a flexibilidade permitida por estas vias pode afigurar-se também geradora de incerteza jurídica, porque baseada num pressuposto de apreciação casuística. Não obstante, no caso das iniciativas em apreço, tratando-se de uma solução legal, com carácter geral e abstrato, a exigência de *ponderação de interesses conflituantes e de proporcionalidade de restrições* coloca-se com maior acuidade. Suprimir a ponderação de interesses tutelados ou prescindir de proporcionalidade na respetiva harmonização equivalerá naturalmente a contrariar os dados do sistema, até mesmo a um nível jurídico-constitucional (cf. artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa).

4. Nota agravada de complexidade resulta ainda de a Lei 32/2006, de 26 de julho, na sua versão atualmente em vigor, possuir um âmbito de aplicação delimitado, estando as técnicas de PMA dominadas por um princípio de subsidiariedade, com exclusão expressa da alternatividade, e ter a mesma sido já objeto de apreciações e declarações de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, cuja argumentação e sentido dos vários votos, nomeadamente votos de vencido, exprime com clareza a sofisticação de qualquer decisão neste domínio.

5. O desenvolvimento do Direito não pode desligar-se da comunidade em que se insere e das necessidades que, no seio da mesma, e a cada momento da respetiva evolução, cumpre acautelar. As presentes iniciativas legislativas, ainda que comportem uma vertente jurídica, constituirão, em última instância, uma opção política, dados os vetores em jogo, ajustando ou alterando coordenadas assentes no nosso sistema jurídico, mas sempre com o respeito da dignidade da pessoa humana. Deste ponto de vista, e com exceção desta última ressalva, não nos cabe aqui fazer qualquer tipo de ponderação sobre a oportunidade, nem sobre a necessidade das mesmas.

6. Se há área em que a sociedade e o Direito têm evoluído de forma marcante no último século, é a do Direito da Família. É desejável que as soluções sejam valorativamente coerentes, sem criar antinomias no seio do próprio sistema jurídico, e abstendo-se de tratar com critérios diferentes situações materialmente iguais.

II. Análise

A. Inseminação *post mortem*: PJL n.º 214/XIV/1.^a (iniciativa de cidadãos); PJL n.º 223/XIV/1.^a PS; PJL n.º 237/XIV/1.^a BE; PJL n.º 572/XIV/2.^a PCP

1. À luz das considerações acima expostas, há alguns aspetos jurídico-legais que nos parece de ponderar e que passamos a enunciar.

Em primeiro lugar, os diplomas em apreço parecem visar a respetiva aplicação a situações passadas, isto é, a consentimento passado. Ora, parece-nos que uma tal aplicação pode suscitar problemas do ponto de vista da tutela das expectativas dos cidadãos e da

necessária segurança jurídica e confiança legítima. Quer dizer, a ser aprovada, a lei parece dever valer apenas para o futuro, para situações a iniciar no futuro, para consentimentos a emitir no futuro, após a respetiva entrada em vigor. Trata-se de uma lei que versa sobre o exercício de direitos, liberdades e garantias de cidadãos (artigo 18.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa) e que prevê condições de validade de uma situação não abstraindo do facto que o origina (o consentimento), pelo que a sua aplicação a atos (consentimentos passados) pode afigurar-se criadora de ficções jurídicas e de atentados à liberdade de autodeterminação de quem consentiu, sem referir expressamente a sua intenção quanto a inseminações *post-mortem*, não parecendo que exista um interesse público que deva ditar solução distinta. A questão deve ser, quanto a nós, equacionada deste ponto de vista – da confiança legítima dos cidadãos visados –, e na circunstância de a respetiva projeção temporal afetar direitos, liberdades e garantias de cidadãos (artigo 18.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa).

2. *Em segundo lugar*, do ponto de vista do equilíbrio dos interesses em presença, é de notar que, na proposta atual, não podendo naturalmente o dador falecido revogar o consentimento, nem o que se designa “projeto de família”, haverá que revestir esta decisão de deveres de informação, de esclarecimento e de medidas de suporte a esta decisão. Dito de outro modo, cabe assegurar também a tutela do dador conhecido ao consentir e o respetivo direito à autodeterminação.

Com efeito, o que parece estar em causa é que o início da técnica de PMA propriamente dita depende apenas de decisão da mãe, ainda que o dador conhecido (pai) tenha consignado autorização prévia e permitido a recolha de sémen. A situação da inseminação *post-mortem* com sémen do falecido não parece encontrar-se regulada na lei. O caso de recolha de material genético de dador desconhecido parece ser diferente do que se discute agora, dado que, neste caso, não há ligação a um projeto, isto é, os pressupostos em que o dador fez assentar o seu consentimento parecem ser diferentes. O caso da transferência de embrião *post mortem* também parece ser diferente.

Igualmente importante parece ser o âmbito do consentimento, o qual nos parece dever incluir referência expressa a “consentimento relativo a ato de inseminação *post-mortem*” e não apenas a ato de inseminação. Mais latamente, as referências a consentimento devem incluir a referência a atos a praticar após a morte do titular.

Um consentimento fora destes parâmetros poderá vir a ser considerado nulo, porque contrário à ordem pública, situação que convirá acautelar.

3. *Em terceiro lugar*, os diplomas não parecem ponderar as questões sucessórias que se podem suscitar, à luz do Código Civil. Seria importante refletir sobre o efeito da circunstância de a criança ser havida como filha do falecido. Com efeito, sendo a abertura da sucessão anterior ao nascimento, essa filiação será, logo neste aspeto, diferente. Acresce que os efeitos sucessórios não se produzem apenas quanto à relação entre o dador conhecido-pai e o filho, mas dentro do círculo sucessório recortado por lei, pelo que, também aqui parece ser importante esclarecer estes aspetos.

B. Gestação de substituição: PJI n.º 71/XIV/1.ª BE; 247/XIV/1.ª PAN

1. Esta iniciativa legislativa versa sobre matéria relativamente à qual existe já pronúncias do Tribunal Constitucional (o Ac. do TC 465/2019 de 18/10 e o Ac. 225/2018 de 7/5). Em particular, o Ac. de 2018 considerou que *“no plano das soluções jurídicas concretas consagradas nos vários números do artigo 8.º da LPMA, haverá que avaliar se as mesmas salvagam adequadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante de substituição, nomeadamente em situações de potenciais conflitos de direitos, ainda que esta tenha, no momento inicial, de livre vontade e num exercício de autodeterminação, prestado o seu consentimento para o concreto procedimento de gestação de substituição em que é participante e aceitado vincular-se contratualmente perante os beneficiários do mesmo”*. Este mesmo Acórdão declarou *“a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: dos nos 4, 10 e 11 do artigo 8.º; e, conseqüentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; conseqüentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do*

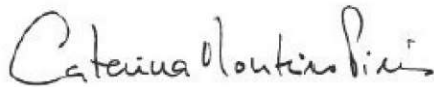
artigo 15.º; não declara a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido; determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”.

2. Parece-nos que as coordenadas gerais e a intencionalidade subjacente a essa jurisprudência constitucional delimitam o juízo e o quadrante de qualquer iniciativa legislativa sobre o mesmo tema.

Este é, salvo melhor, o nosso Parecer.

Lisboa, 26 de janeiro de 2021

A Vogal do Conselho Geral



Catarina Monteiro Pires