

DECLARAÇÃO INTERPRETATIVA

(n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho,
alterada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016,
de 22 de agosto)



SETEMBRO, 2016

DECLARAÇÃO INTERPRETATIVA

1. Com a entrada em vigor das Leis nºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, foram introduzidas significativas alterações no texto de vários artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, adiante designada apenas pela expressão “Lei”.

Estas novas redações dadas a esses normativos são, nos casos que a seguir se assinalam, suscetíveis de provocar a criação de incerteza quanto ao real conteúdo da vontade legislativa (*mens legis*) que lhes está subjacente e, portanto, quanto aos atos que podem ou não ser realizados pelos centros de PMA em cumprimento dessas determinações legais.

Entende o CNPMA que é urgente dissipar essas dúvidas para que todos se concentrem no que é verdadeiramente essencial, ou seja, na satisfação das legítimas aspirações, dos direitos e dos interesses merecedores da tutela do Direito das pessoas beneficiárias das técnicas de PMA, incluindo as intervenientes em negócios jurídicos de gestação de substituição.

Sem prejuízo de haver também necessidade de tecer algumas considerações acerca dos três números do artigo 4º da Lei, as normas desse diploma em referência são as que correspondem, por um lado, ao n.º 2 do artigo 24º (“O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla”) e, por outro, ao n.º 14º n.º 4 (“O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”), por referência ao n.º 8 do artigo 8º (“No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, ... é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14º”), e à compatibilização que tem de ser feita do estatuído nos nºs 7 e 12 desse mesmo artigo 8º, nos quais está escrito, respectivamente, o seguinte:

7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.

12 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.

Estas questões serão escrutinadas e as soluções para os problemas que se suscitam serão, de igual modo, apresentadas por ordem crescente de complexidade, começando-se, portanto, pela última, que é a de mais simples resolução.

2. No “Parecer” que formulou quanto aos ainda Projetos de Lei nºs 6/XIII apresentado pelo Partido Socialista, 29/XIII apresentado pelo PAN, 36/XIII e 183/XIII/1.^a apresentados pelo Bloco de Esquerda e 51/XIII apresentado pelo Partido Ecologista Os Verdes, o CNPMA sugeriu que no artigo 8º, após aquele

que constitui, na Lei actualmente em vigor, o n.º 12 desse normativo, ficasse inscrito um número com o seguinte texto: “No caso previsto no número anterior, caso a gestante de substituição assim o declare no período de 48 horas após o parto, é a mesma havida como a mãe da criança nascida, aplicando-se o estabelecido no n.º 7 se essa declaração não for prestada nesse prazo.”.

E na audição perante a Comissão de Saúde essa sugestão (entre outras) voltou a ser apresentada pelo Conselho, mas, como é bem patente, não foi aceite.

O que é perfeitamente adequado pois são os Deputados que compõem a Assembleia da República, enquanto representantes da totalidade do Povo na sua plena diversidade, os legítimos detentores do Poder Legislativo e, em boa verdade, a solução escolhida acaba por ser a ética e socialmente mais acertada porquanto, de todos os intervenientes no contrato, os membros do casal são aqueles que **querem** mesmo ser progenitores (a gestante apenas quer ajudá-los a alcançar esse primordial objetivo de vida) e que estão mais bem preparados para o ser.

Logo, são eles e não a gestante quem terá mais condições para proporcionar à criança ou crianças nascidas com a utilização deste procedimento um ambiente familiar de carinho e amor propício para permitir o pleno desenvolvimento das suas capacidades e um crescimento física, psicológica e emocionalmente equilibrado e harmonioso, com vista a uma integração social útil e tanto quanto possível feliz na Comunidade.

Mas dessa posição/escolha têm forçosamente de ser retiradas consequência; ou seja, se durante a discussão pública, perante o competente Órgão Legislativo, alguém, especialmente se esse ente é a Entidade Reguladora para o sector abrangido pelas normas legais que estão a ser criadas, suscita o debate acerca de uma dada questão, as *boas práticas da arte* de produzir legislação (que existem e são universalmente conhecidas) e os princípios ontológicos que guiam a interpretação dos comandos jurídicos (artigo 9º n.º 1 do Código Civil - «*A interpretação (deve ter) ... em conta ... as circunstâncias em que a lei foi elaborada ...*»), impõem necessariamente que se conclua que a solução encontrada teve em devida conta e conscientemente rejeitou a solução apresentada e não escolhida.

Na verdade, nessas circunstâncias, ninguém mais poderá invocar ignorância acerca da questão ou que a mesma era desconhecida ou não foi abordada e debatida - ela foi-o e a solução alternativa proposta foi (repete-se, provavelmente bem) rejeitada.

Deste modo e por estas razões, a conclusão que se impõe é que **o Legislador quis e quer que, em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respectivos casais beneficiários.**

3. Passando à análise da regulação estabelecida nos artigos 8º n.º 8 e 14º n.º 4 da Lei, importa começar por afirmar o óbvio: com essas normas não quis o Legislador, de modo algum, introduzir qualquer modificação no artigo 142º do Código Penal.

Aliás, face às audições realizadas neste processo legislativo, se essa fosse, ainda que remotamente a intenção prosseguida, sempre ocorreria uma **inconstitucionalidade formal** por não terem sido auscultadas as Entidades com competências e capacidade legítima de intervenção no sub-sistema penal do sistema judiciário (vício que se manifesta no artigo 43º-A da Lei, introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, em cujo processo de criação o CNPMA, que foi instalado em 22/05/2007, não foi ouvido, mas que, ainda assim, não levará este Conselho a formular ou a suscitar a formulação de qualquer pedido de declaração de inconstitucionalidade).

Nestas condições, estando esse normativo do Código Penal plenamente em vigor, face ao texto da alínea e) do n.º 1 desse artigo 142º (na qual está escrito que *“Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando ... (for) realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”*), não pode aplicar-se à gestante, que é indiscutivelmente a grávida, a limitação estabelecida n.º 4 do 14º da Lei, que só pode valer para os membros do casal beneficiário.

Na verdade, como não pode ser ignorado (artigo 6º do Código Civil), a interpretação de uma qualquer norma jurídica, seja ela de natureza substantiva ou adjetiva, tem forçosamente que obedecer aos critérios consubstanciados nos três números do artigo 9º do Código Civil e, sem prejuízo de no n.º 2 do mesmo estar escrito que *“Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”*, é, para o que neste momento se discute, muito mais importante realçar que no n.º 1 dessa norma se pode ler que *“A interpretação (deve ter) sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico ...”*, postulado do qual resulta que nenhum artigo ou número de artigo é, passe a expressão, uma ilha e que o Ordenamento Jurídico do País é, sob o ponto de vista ontológico e mantendo a mesma imagem metafórica, um “Continente” único em que todas as normas que o compõem são, entre si, harmónicas e formam um conjunto - um Todo - logicamente coerentes, servindo todas para interpretar cada uma delas.

Deste modo e por estas razões, a conclusão que se impõe é a seguinte: **no que respeita à gestante, a sua declaração negocial manifestada no contrato de gestação de substituição, é livremente revogável até ao final das primeiras 10 semanas de gravidez, sendo que para os membros do casal beneficiário o mesmo acontece apenas até ao início dos procedimentos terapêuticos de PMA.**

4. No que tange ao que está escrito nos três números do artigo 4º da Lei, o problema que se suscita é puramente de natureza linguística, pois teria sido preferível não manter a expressão absolutista *“só pode”*

no n.º 2 quando no n.º 3 está escrito que *“As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”*, sendo certo que, perante a formulação dada a este último número, não é ilegítimo questionar se, afinal, todas as mulheres podem ou não aceder às técnicas de PMA também para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

No “Parecer” já aludido no ponto 2. supra, o CNPMA tomou posição acerca desta questão apresentando uma proposta de texto, devidamente justificada, que obviaria quer à pouca beleza estética do texto legislativo quer a estas dúvidas, a qual era a seguinte: *“As técnicas de PMA são um método complementar de procriação e podem também ser usadas como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”*

Valem também, relativamente a esta matéria, as instruções constantes do precioso já citado artigo 9º do Código Civil.

Efetivamente, como nunca será demais repetir, a interpretação de uma qualquer norma jurídica, seja ela de natureza substantiva ou adjetiva, tem forçosamente que obedecer aos critérios consubstanciados nos três números do art.º 9º do Código Civil, considerados na sua globalidade, sendo que a eles acrescem, para a construção do conceito *“solução mais acertada”* - de facto e mais exatamente, a solução ética e socialmente mais acertada -, as exigências inscritas nos artºs 335º (*proporcionalidade assente na posição que o valor ético que valida a norma e a torna em verdadeiro Direito ocupa na Hierarquia de Valores que enforma e dá consistência ao tecido social comunitário*) e 334º do mesmo Código, destacando-se neste último e sem prejuízo de haver de atender também às *finalidades económicas e sociais* dos direitos em causa, a atenção que é dada, em primeira linha, à *boa-fé* e aos *bons costumes* (isto é, novamente e sempre, **aos valores éticos que constituem os pilares estruturantes da Comunidade, que validam as normas legais produzidas pela forma prevista na Constituição e que servem de padrão aferidor quando está em causa apreciar a adequação das condutas individuais aos padrões comportamentais reputados exigíveis à vivência em Sociedade**).

Nestas condições, afigura-se a este Conselho ser totalmente falha de fundamentação ética e desprovida de qualquer validade social, uma interpretação que barre às mulheres que, por vontade própria, livre e esclarecida, vivem sem parceiro ou parceira (como às outras) o acesso às técnicas de PMA quando está em causa contribuir para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Essa interpretação não configura, de todo, uma solução ética e socialmente acertada, muito menos *«a mais acertada»*.

Finalmente mas ainda a propósito do significado etimológico das palavras, o CNPMA gostaria de recordar o que escreveu nesse já aludido “Parecer”:

*“A PMA continua a ser um meio eficaz e ética e socialmente válido como contributo para o tratamento de doenças graves e para minimizar os riscos de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, formulação que se sugere seja adotada no próprio texto normativo porquanto e em boa verdade (ou melhor, até em termos jurídicos), a prestação exigível ao pessoal de saúde é **de actividade** (a obrigação de realizar certos procedimentos - os conformes às **melhores regras da arte**) e não **de resultado** (a certeza da cura).”*

Deste modo, quanto ao que agora se apreciou e pelas razões antes expostas, a conclusão que se impõe é a seguinte: a interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no artigo 4º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é a de que os três números desse comando legislativo valem como se neles estivesse escrito que **as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação que podem ser usadas por casais inférteis que preencham os requisitos previstos nos dois números do artigo 6º e por todas as mulheres independentemente de um diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil e da sua orientação sexual, podendo também sê-lo, em todas essas circunstâncias e sendo caso disso, como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.**

5. Resta a tarefa mais espinhosa, a saber: interpretar o texto do n.º 2 do artigo 24º da Lei, ou mais exatamente aquilatar que conclusão pode/deve ser retirada do uso nesse texto normativo da expressão “*do casal*” perante as afirmações tão expressivas e concludentes que estão vertidas no n.º 3 do artigo 4º, no n.º 1 do artigo 6º e ainda ao longo do artigo 25º da Lei (neste último, com particular realce no seu novo n.º 2).

Também aqui e uma vez mais, o CNPMA tomou uma posição muito clara acerca deste problema no “Parecer” que emitiu e enviou à Comissão de Saúde e durante a audiência que essa Comissão lhe concedeu.

Em concreto, a redação que propôs foi a seguinte: “2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica da pessoa ou pessoas beneficiárias e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.”

E a mesma não foi acolhida, situação que, pelas razões expostas no ponto 2. supra, torna mesmo muito plausível a ideia de que as mulheres que vivam sem parceiro ou parceira apenas podem aceder às técnicas de PMA que não envolvam a inseminação de ovócitos externa ao seu corpo - em suma, que só poderão aceder à inseminação artificial, estando todas as demais reservadas apenas a casais heterossexuais ou compostos por duas mulheres, independentemente do seu estado civil.

Mais, o que torna a questão mais problemática, essa interpretação tem na letra da lei uma clara correspondência verbal (art.º 9º n.º 2 do Código Civil).

Acontece, porém, que o texto integral no n.º 1 do artigo 9º do Código Civil é *“A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”*.

Portanto, a *letra da lei* não é nem pode ser o *alfa* e o *ómega* - o princípio e o fim - do trabalho hermenêutico do intérprete.

E, prossequindo nesta linha de raciocínio, é impossível não constatar que aquela antes enunciada *leitura* do texto legislativo é frontalmente contraditória com o conteúdo programático das “Exposições de motivos” de todos os PL cujo debate culminou com a aprovação do Decreto da Assembleia da República que se tornou a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, sendo-o igualmente com o estabelecido nos já aludidos n.º 3 do artigo 4º, n.º 1 do artigo 6º e n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 25º da Lei e, em especial, com os dois primeiros normativos, nos quais não é estabelecida qualquer distinção entre tais situações (entre tais mulheres), o que é crucialmente relevante tendo em conta o vetusto mas perene brocardo latino ***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*** (onde a Lei não distingue não deve/não pode o intérprete fazê-lo).

Por outro lado, se algo a Humanidade aprendeu com a IIª Guerra Mundial (*ou melhor e mais exatamente, não a Humanidade no seu todo mas apenas as Formações Sociais* - Povos mas igualmente outras formas de congregação comunitária - *que se organizam em conformidade com os ditames e regras inerentes ao Estado de Direito*) foi que as normas, ainda que produzidas pela forma constitucionalmente prevista - **os nazis tinha um regulamento que definia como deviam ser mortos os judeus e outros “indesejáveis”** -, só são verdadeiro Direito se, subjacente a elas, existir um Valor Ético que as valide.

Efetivamente, o **positivismo jurídico** foi fonte e originou aqueles que, apesar de alguns igualmente inqualificáveis exemplos recentes, continuam a ser os maiores desastres humanitários (isto, claro, de acordo com as conceções ideológicas que valorizam e dão o devido apreço - e o devido e indispensável lugar - aos chamados direitos humanos, que, como nos ensinou também a tragédia que foi essa Guerra Mundial, preexistem ao Estado e se sobrepõe a ele e ao chamado direito legislado (*Law in Books*)).

Felizmente essa visão do(s) Mundo(s), das Coisas e das regras de convívio social (e da relação de cada um de nós - em termos filosóficos, do Eu - com o Outro e com os vários outros), está vertida no próprio **direito ordinário** português, concretamente nos já citados artigos 9º n.º 3 e 334º e 335º do Código Civil que sabiamente sintetizam esse Princípios e Valores.

E a esta luz não pode aceitar-se como ética e socialmente válida e vinculativa aquela interpretação restritiva do texto do n.º 2 do artigo 24º da Lei, podendo e cabendo ainda recordar, o que se faz para demonstrar quão antiga e mergulhada na raiz mais profunda do pensamento humano civilizado é essa noção, um outro brocardo latino, também ele, como o outro atrás transcrito, mais do que milenar: ***odiosa restringenda favorabilia amplianda***.

Ou seja, as normas que regulam os comportamentos dos seres humanos devem ser interpretadas sempre no sentido da maior possibilidade de exercício dos direitos em causa ... sempre a favor da Liberdade e nunca a favor da sua restrição.

E, conseqüentemente, embora com algum detrimento da letra da Lei mas com plena salvaguarda dos Valores Éticos subjacentes, outra que não aquela mais literal, tem de ser a interpretação a ser dada à norma em apreço, a qual será a indicada a final.

Mas a expressão “do casal” está escrita no texto legal e quanto mais depressa por substituída (e será tão simples fazê-lo, mantendo o CNPMA a sugestão que apresentou e que está consagrada mais não seja no atual n.º 2 do artigo 25º da Lei), melhor.

Não obstante, quanto ao que agora se apreciou e pelas razões antes expostas, a conclusão que o CNPMA considera ser a que corresponde à solução ética e socialmente mais acertada é a seguinte: ***o texto do n.º 2 do artigo 24º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, vale como se, em vez de “do casal”, nele estivesse escrito “da pessoa ou pessoas beneficiárias”, assim permitindo que as mulheres sem parceiro ou parceira e não apenas os casais heterossexuais e os formados por duas mulheres, independentemente do respetivo estado civil, tenham acesso a todas as técnicas de PMA previstas no atual n.º 1 do artigo 2º da Lei, incluindo a FIV, a ICSI, o DGPI e o rastreio genético de aneuploidias.***

6. E, concluindo, pelas razões antes expostas, o CNPMA manifesta e declara, com a força vinculativa emergente da sua condição de Entidade Reguladora para o sector da PMA, que;

a) A interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no artigo 4º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é a de que os três números desse comando legislativo valem como se neles estivesse escrito ***que as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de procriação que podem ser usadas por casais inférteis que preenham os requisitos previstos nos dois números do artigo 6º e por todas as mulheres independentemente de um diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil e da sua orientação sexual, podendo também sê-lo, em todas essas circunstâncias e sendo caso disso, como contributo para o tratamento de doença grave ou para a minimização do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras;***

b) A vontade legislativa (*mens legis*) consubstanciada nas disposições conjugadas dos n.ºs 7 e 12 do artigo 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 2º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é a de que, ***em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respectivos casais beneficiários;***

c) O estatuído nas disposições conjugadas do n.º 8 do artigo 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, este com a redação que lhe foi dada pelo artigo 2º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e do n.º 4 do artigo

14º daquele primeiro diploma, não afasta a aplicação do que se encontra previsto na alínea e) do n.º 1 do art.º 142º do Código Penal, pelo que, ***no que respeita à gestante, a sua declaração negocial manifestada no contrato de gestação de substituição, é livremente revogável até ao final das primeiras 10 semanas de gravidez, sendo que para os membros do casal beneficiário o mesmo acontece apenas até ao início dos procedimentos terapêuticos de PMA;***

d) A interpretação ética e socialmente mais acertada do estatuído no n.º 2 do artigo 24º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, é a de que ***esse texto legal vale como se, em vez de “do casal”, nele estivesse escrito “da pessoa ou pessoas beneficiárias”, assim permitindo que as mulheres sem parceiro ou parceira e não apenas os casais heterossexuais e os formados por duas mulheres, independentemente do respetivo estado civil, tenham acesso a todas as técnicas de PMA previstas no actual n.º 1 do artigo 2º da Lei, incluindo a FIV, a ICSI, o DGPI e o rastreio genético de aneuploidias.***

Porto, 2 de setembro de 2016