

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

Exmo. Senhor
Dr. Fernando Negrão
Ilustre Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias da
Assembleia da República

V/Refs. Ofcº70/XII/1ª – CACDLG/2012
Ofcº105/XII/1ª –CACDLG/2012
Ofcº142/XII/1ª - CACDLG/2012
N/Refs. Ents.800 de 11/01/2012
972 de 13/01/2012
1511de 20/01/2012

ASSUNTO: Solicitação de Pareceres sobre os Projectos de Lei nº 122/XII/1ª (BE),
nº 127/XII/1ª (BE), nº 131/XII/1ª (PS), nº 137/XII/1ª (PS) e
nº 138/XII/1ª (PSD)

Exmo. Senhor Presidente

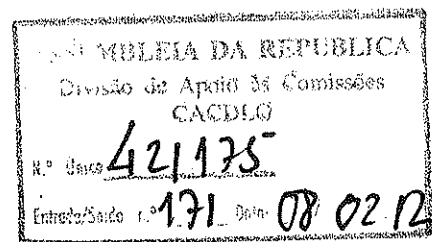
Junto envio os pareceres da Ordem dos Advogados sobre os Projectos de Lei em
assunto, conforme solicitado nos officios de V.Exa. de 10, 12 e 19 de Janeiro p.p.

Com os melhores cumprimentos e *considerações.*

António Marinho e Pinto
António Marinho e Pinto
(Bastónario)

Lx.19/01/12

B61/12





Parecer da Ordem dos Advogados sobre

- o **Projecto de Lei n.º 122/XII (BE)** que *"Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (PMA) e regula o recurso à maternidade de substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro"*;
- o **Projecto de Lei n.º 127/XII (BE)** que *"Altera o Código do Registo Civil, tendo em conta a Procriação Medicamente Assistida, a adoção e o apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo"*;
- o **Projecto de Lei n.º 131/XII (PS)** que *"Procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, consagrando excepções à proibição de recurso à maternidade de substituição"*;
- o **Projecto de Lei n.º 137/XII (PS)** que *"Segunda Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida"*;
- o **Projecto de Lei n.º 138/XII (PSD)** que *"Altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida"*.

I

Os objectivos dos projectos de lei

Embora apresentados por deputados de partidos políticos diferentes, todos os projectos de lei acima referenciados, com excepção do Projecto de Lei n.º 127/XII, têm como objectivo principal permitir o recurso à maternidade de substituição que é definida, no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, como *"... qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade."*

Por isso, optou-se por uma apreciação conjunta de todos os projectos de lei, deixando apenas de parte o **Projecto de Lei n.º 127/XII (BE)** que *"Altera o Código do Registo Civil, tendo*



em conta a Procriação Medicamente Assistida, a adoção e o apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo", dado que as alterações que se propõe introduzir, no Código do Registo Civil, são, por assim dizer, um corolário lógico e necessário das alterações que vierem ou não a permitir a filiação, a adopção e o apadrinhamento civil, por casais de pessoas do mesmo sexo e, por isso, não carece, em si mesmo, de qualquer apreciação.

Os aspectos que se afiguram de maior destaque em cada um dos projectos de lei são os seguintes.

→ **O Projecto de Lei n.º 122/XII** apresentado por deputados do Bloco de Esquerda, propõe o acesso à procriação medicamente assistida (PMA) a todas as pessoas, homens ou mulheres, sejam elas solteiras, viúvas, divorciada ou casadas, quer com pessoa do mesmo sexo, quer com pessoa de sexo diferente – cfr. art. 6º do projecto.

Para tanto, propõe a revogação do n.º 1 e a alteração de redacção n.º 2, ambos do art. 6º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, cujo teor actual é o seguinte:

" *Artigo 6.º*

Beneficiários

1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica."

e para o qual preconiza a seguinte redacção:



Artigo 6.º

[...]

1 - (Revogado).

2 - *As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade, não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica e tenha previamente expresso o seu consentimento nos termos do artigo 14.º.*

Propõe também a revogação do art. 4º da Lei n.º 32/2006, que, no n.º 1, estabelece que "*As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.*" e, no n.º 2, que "*A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.*" – cfr. a norma revogatória contida na parte final do projecto.

O Projecto de Lei n.º 122/XII propõe ainda a maternidade de substituição, através da celebração "*a título excepcional*" de um negócio gratuito, em dois tipos de situações que se afiguram díspares e não coerentes entre si, pois

- enquanto no n.º 3 do art. 8º do projecto são indicados, de forma precisa, os casos que possibilitam o recurso à maternidade de substituição e que são os **de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher;**

- já o segundo tipo de situações corresponde a um espaço em branco, a definir e a autorizar, por decisões "ad hoc" do **Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida** que, **ouvida previamente a Ordem dos Médicos, pode autorizar a celebração de negócios jurídicos de maternidade de substituição em todas as situações clínicas que o justifiquem** – cfr. alterações propostas para os n.ºs 3 e 4 do art. 8º da Lei n.º 32/2006.



→ O Projecto de Lei n.º 137/XII apresentado por um grupo de deputados do Partido Socialista, de que é primeiro subscritor, o deputado Pedro Delgado Alves, também permite o acesso à procriação medicamente assistida (PMA) a todas as pessoas, homens ou mulheres, sejam elas solteiras, viúvas, divorciada ou casadas, quer com pessoa do mesmo sexo, quer com pessoa de sexo diferente – cfr. art. 6º do projecto (*"As técnicas de PMA só podem ser utilizadas em benefício de pessoas com pelo menos 18 anos de idade e que não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica e que tenham manifestado de forma esclarecida o seu consentimento."*), e, através da alteração ao art. 4º, propõe que as técnicas de PMA se passem a considerar legalmente, não como um método subsidiário e alternativo para os casos de diagnóstico de infertilidade, mas sim como um *"método complementar de procriação"*.

Este projecto suprime a regra de nulidade para os negócios gratuitos ou onerosos que tenham por objecto a maternidade de substituição e prevê a admissibilidade desta última, também através de negócios jurídicos gratuitos celebrados *"a título excepcional"*, *" nos casos em que por outra forma seja impossível de forma absoluta e definitiva a gravidez, nomeadamente por ausência, lesão ou doença de útero."*, remetendo para a lei a regulação dos termos do referido negócio – cfr. art. 8º do projecto.

→ O Projecto de Lei n.º 131/XII apresentado por outro grupo de deputados do Partido Socialista, de que é primeiro subscritor, o deputado Carlos Zorrinho, define os casos em que, face à regra geral de proibição consagrada no n.º 1 do art. 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, se passará a admitir a celebração de negócios jurídicos, a título excepcional e gratuito, que tenham por objecto a maternidade de substituição e que são os seguintes:

- ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher
- ou em situações clínicas que o justifiquem.



Propõe ainda

- que, em ambos os casos, o recurso à maternidade de substituição fique sempre dependente de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, precedida de audição da Ordem dos Médicos;
- e que a maternidade de substituição só possa ser autorizada, através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários.

Ou seja, o Projecto de Lei n.º 131/XII também admite um segundo tipo de situações que corresponde a um espaço em branco, a definir e a autorizar, por decisões "ad hoc" do **Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida**, com a diferença que este último também deve autorizar o recurso à maternidade de substituição nos outros casos que indica, de forma precisa, e que são os *de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher*.

Preconiza também, através das alterações a introduzir no art. 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que

- 5 – *É proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à mãe de substituição pela gestação da criança, excepto o valor correspondente às despesas médicas.*
- 6 – *A criança que nascer através do recurso à maternidade de substituição é tida como filho dos respectivos beneficiários.*
- 7 – *A lei regulamenta a maternidade de substituição definindo, nomeadamente, os requisitos de validade e eficácia do consentimento das partes, o regime dos negócios jurídicos de maternidade de substituição, os direitos e os deveres das partes, bem como a intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos.*
- 8 – *São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.*
- 9 – *No caso previsto no número anterior, a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.*



O Projecto de Lei n.º 131/XII não propõe qualquer alteração ao art. 6.º, cujo n.º 1 apenas permite o recurso às técnicas de PMA às *peessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.*

Por isso, face ao estatuído, no referido n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 32/2006, e uma vez que, após a entrada em vigor desta última, já foi consagrado, em Portugal, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Projecto de Lei n.º 131/XII admite que pessoas do mesmo sexo casadas entre si possam recorrer à maternidade de substituição, ficando a criança com dois pais ou duas mães, o que não será possível em relação às uniões de facto, pois, neste caso, continuará a vigorar a regra de que só os casais formados por pessoas de sexo diferente poderão recorrer às técnicas de PMA.

→ O Projecto de Lei n.º 138/XII apresentado pelos deputados do grupo parlamentar do PSD tem como objectivo central a definição das situações em que, a título excepcional e através da celebração de negócios jurídicos gratuitos, passará a ser possível o recurso à maternidade de substituição, assentando também a respectiva formulação em critérios que se afiguram díspares e não coerentes entre si, pois:

- enquanto no n.º 3 do art. 8.º do projecto é indicado, de forma precisa, o único caso que se permite o recurso à maternidade de substituição e que é o de *ausência de útero na parceira feminina do casal, nos termos do artigo 6.º;*

- já o segundo tipo de situações corresponde a um espaço em branco, a definir e a autorizar, por decisões "ad hoc" do **Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que, ouvida previamente a Ordem dos Médicos, pode autorizar a celebração de negócios**



jurídicos de maternidade de substituição em todas as *situações clínicas que o justifiquem e desde que se encontrem preenchidas as demais condições previstas nos arts. 4º e 6º* – cfr. alterações propostas para os n.ºs 3 e 4 do art. 8º da Lei n.º 32/2006.

O Projecto de Lei n.º 138/XII apenas admite o recurso à maternidade de substituição, em relação às pessoas casadas entre si ou que vivam em união de facto, mas que, em ambos os casos, sejam de sexo diferente – cfr n.º 1 do art. 6º do projecto, cujo teor se transcreve:

" 1. *Só as pessoas casadas que, sendo de sexo diferente, não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há, pelo menos, dois anos, podem recorrer a técnicas de PMA.* "

II

Sobre a admissibilidade de todas as pessoas, homens ou mulheres maiores de 18 anos, poderem recorrer às técnicas da PMA

Os Projectos de Lei n.ºs 122/XII (BE) e 137/XII (PS) permitem que quaisquer pessoas, homens ou mulheres maiores de 18 anos, solteiras, divorciadas, viúvas ou casadas possam recorrer às técnicas da PMA, mesmo que não apresentem *diagnóstico de infertilidade ou não careçam de tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*, pois o projecto de lei n.º 122/XII propõe a revogação, pura e simples do art. 4º da Lei n.º 32/2006, e o projecto de lei n.º 137/XII propõe a alteração do referido artigo, no sentido de as técnicas de PMA passarem a ser um método complementar de procriação, deixando de constituir um método subsidiário para os casos de infertilidade.



Como se sabe, as técnicas de PMA encontram a sua justificação e fundamento, na necessidade de ultrapassar e resolver as situações de infertilidade das pessoas, e, por isso, não constituem uma via instrumental de procriação que se justifique, por si mesma, designadamente quando a pessoa é fértil e possui as necessárias capacidades para procriar.

Afigura-se assim que a utilização das técnicas de PMA, fora das situações de necessidade que as justificam, fere a dignidade da pessoa humana e significa mais um passo em direcção ao *Admirável Mundo Novo*, ficcionado nos anos trinta do século passado, por Aldous Huxley.

Na verdade, ao admitir-se a possibilidade de recurso às técnicas de PMA, mesmo quando a pessoa tem capacidades para procriar, está a significar-se que tais técnicas se encontram no mesmo plano das capacidades procriadoras do ser humano e que, portanto, estes atributos da pessoa humana podem ser alienados e substituídos, por tais técnicas, ao sabor dos interesses e conveniências de cada indivíduo.

Porém, este juízo que considera e valora as técnicas de procriação artificial do ser humano como um meio, ética e juridicamente indiferente e paralelo em relação às capacidades de procriação da natureza humana, fere e viola a dignidade do ser humano, pois tem subjacente a ideia de que tais técnicas são equivalentes e se podem sobrepôr a características e atributos essenciais da própria pessoa humana, aceitando que o aparelho reprodutor humano ou partes dele possam ser usadas e instrumentalizadas, através da aplicação dessas técnicas, sem que seja necessário resolver ou superar problemas de infertilidade ou de tratamento de outras doenças.

Em 1989 e no âmbito do Conselho da Europa, o *Comité "Ad Hoc" de Peritos sobre a Bioética* (CAHBI), o qual veio a ser substituído, pelo actual *Comité Director para a Biotética* (CBDI), publicou um relatório sobre a procriação artificial dos seres humanos.



Este relatório não teve carácter vinculativo, mas enunciou um conjunto de princípios aplicáveis às técnicas de procriação artificial dos seres humanos, designadamente à inseminação artificial, aos métodos que impliquem a retirada e recolha de óvulos, em particular para a fecundação *in vitro*, bem como aos métodos que impliquem dádiva de esperma, de óvulos ou de embriões e aos actos e procedimentos aplicáveis a embriões, através destas técnicas.

De acordo com **Princípio 1**,

1- as técnicas de procriação artificial humana podem ser aplicadas desde que existam condições apropriadas para assegurar o bem estar da criança a nascer e somente quando

a. - outros métodos de tratamento da infertilidade tenham falhado, não ofereçam qualquer perspectiva de sucesso ou não sejam apropriados, no caso concreto;

- exista um sério risco de transmitir à criança uma doença hereditária grave;

- exista um sério risco de a criança vir a sofrer uma outra doença que conduza à sua morte precoce ou a uma deficiência grave;

b. - e quando estas técnicas apresentam uma possibilidade razoável de resultar e que não exista risco significativo de comprometer a saúde da mãe ou da criança.

2- As técnicas de procriação artificial humana não devem ser utilizadas para obter características específicas na criança a nascer e nomeadamente para permitir escolher o seu sexo, salvo quando se trate de evitar uma doença hereditária grave ligada ao sexo.

Estes Princípios podem ser consultados em:

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/source/PMAprinciplesCAHBI1989_fr.doc .

O Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida, elaborado em Julho de 2004, pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e que serviu de base ao Parecer n.º



44/CNECV/04 do referido Conselho sobre os trabalhos legislativos que conduziram à aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, também aponta no mesmo sentido – cfr. Relatório sobre a Procriação Medicamente Assistida do CNECV que pode ser consultado em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf e do qual se transcreve o seguinte excerto:

3.3. A subsidiariedade da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida

3.3.1. Existem, tanto no Direito interno de vários Estados europeus, como no Direito internacional, normas e recomendações que, por razão de ordem ética e perante os riscos de natureza vária que estas técnicas envolvem, apontam no sentido da subsidiariedade da respectiva utilização, impedindo que a gestação artificial seja usada por pessoas que não sofrem de problema de infertilidade ou de esterilidade ⁴⁹.

Em Portugal, o Código Deontológico dos Médicos, no artigo 53º, estatui que a inseminação artificial é lícita como forma de tratamento da esterilidade conjugal.

O Parlamento Europeu, reconhecendo que as técnicas de procriação medicamente assistida permitem dar uma resposta positiva ao desejo legítimo de ter filhos, considera que estas suscitam, por outro lado, graves problemas relacionados com o risco de comercialização do corpo feminino, dos gâmetas masculinos e femininos e com o estatuto jurídico do filho que é concebido por esse processo, concluindo que a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* deverá visar uma finalidade terapêutica: superar a questão da esterilidade ⁵⁰.

3.3.2. O regime da subsidiariedade fundamenta-se no princípio da não instrumentalização do ser humano e dos seus órgãos reprodutivos ⁵¹. Mas, também no princípio da precaução ⁵². A publicação de estudos recentes, advertindo para a possibilidade de incidências negativas graves decorrentes da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida na saúde dos nascituros justifica o confinamento da respectiva utilização ⁵³.

⁴⁹ De acordo com o «*Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo – Comparative Study on the Situation in 39 States*», do Conselho da Europa, Strasbourg, Junho de 1998, págs. 26 a 37, Suécia, Alemanha, Áustria, Irlanda, Itália e Polónia só permitem o recurso à procriação medicamente assistida em caso de infertilidade. A Organização Mundial da Saúde no Relatório com o título «*Consultation on the place of in vitro Fertilization in Infertility Care*» de 1990, pág.2 considera que as aplicações das técnicas de procriação medicamente assistida têm proliferado mais por pressão da indústria e de grupos especiais de interesse do que por um planeamento racional baseado nas necessidades da população. Refere que tal aumento tem repercussões na saúde pública, aumentando a taxa de mortalidade infantil e a de nascimentos prematuros. Na pág. 6 menciona que as novas utilizações das técnicas de procriação medicamente assistida para reduzir a incidência de doenças genéticas, por permitirem aplicações impróprias, como, por exemplo, a selecção genética, suscitam problemas éticos, sociais e questões eugénicas.



⁵⁰ Cfr. o ponto 9 da «Resolução sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*» do Parlamento Europeu que faz parte do relatório sobre «Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana», da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos que tem o seguinte texto: «O Parlamento Europeu considera que a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* deverá visar uma finalidade terapêutica (superar a questão da esterilidade) e só deverá ser autorizada mediante indicação médica; esses processos só deverão ser praticados por médicos altamente qualificados».

⁵¹ V., no sentido da fundamentação ética da subsidiariedade, o Parecer 3/CNE/93, in «Documentação», vol. I, (1991-1993), pág. 75, sustentando que esta asseguraria a não instrumentalização do aparelho reprodutivo.

⁵² Sobre este princípio v. ERIC HERGON, *Le principe de la précaution, un reflet de l'évolution sociétale* in *Éthique médicale, bioéthique et normativités*, Paris, Dalloz, 2003, pag.121 e segs.

⁵³ Cfr. RICHARD SCHULTZ/ CARMEN WILLIAMS, *The Science of ART*, in «Science», vol. 296, (Junho de 2002), págs. 2189 relata que continua em aberto a questão de saber se a manipulação de gâmetas usada na procriação medicamente assistida não aumenta a incidência de malformações genéticas e refere a existência de três estudos que concluem pelo aumento da incidência de anomalias neurológicas, de anomalias genéticas e de nascimentos prematuros na sequência da utilização destas técnicas. No sentido da necessidade de mais estudos científicos para fundamentar as práticas adoptadas e salientando as situações de risco a que tem conduzido a pressão comercial que envolve as clínicas em que se pratica a procriação medicamente assistida, pronunciam-se MARK FRAENKEL/PARISA MORRIS, *A view from the field on Food and Drug Administration regulation: report of a 2002 survey of US fertility clinics* in «Fertility a. Sterility», vol. 79. (Maio 2003). HANSEN/KURINCZUK/BOWER/WEBB, *The Risk of Major Birth Defects after Introcitoplasmatic Sperm Injection and in vitro Fertilization* in «New England Journal of Medicine» vol. 346, (Março 2002), pág. 725 conclui que crianças nascidas através da injeção introcitoplasmática e da fertilização *in vitro* apresentam riscos dobrados de deficiências graves no nascimento por comparação com as crianças nascidas por procriação natural. KENDALL POWELL, *Seeds of Doubts* in «Nature», vol. 422, (Abril 2003), págs. 656-658 reporta que, no último ano começaram a surgir dúvidas graves, que sugerem que as técnicas de procriação medicamente assistida estão associadas a um risco acrescido de deficiências genéticas e que, perante o potencial de mais surpresas desagradáveis num futuro próximo, alguns investigadores estão a invocar a necessidade urgente de meios para realizar estudos epideomológicos mais aprofundados. Nesse artigo uma das cientistas consultadas afirma «estamos a usar seres humanos como cobaias». BÉNÉDICTE BÉVIÈRE, *La seconde étape de la révision des lois de bioéthique*, in «regards sur l'actualité», n.º 291, (Maio 2003), pág. 11 explica que um dos pontos de revisão da lei francesa se reporta, precisamente, à informação a prestar aos pais acerca dos riscos acrescidos de deficiências genéticas, que os estudos demonstram.

III

Sobre a admissibilidade da maternidade de substituição

O art. 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, define maternidade de substituição como "**... qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade**",



estabelecendo no n.º 1 que " *São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.*" e no n.º 3 do mesmo artigo que " *A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.*"

Todos os projectos de lei em apreço visam tornar, legalmente, admissível a maternidade de substituição e têm, como fundamento comum de admissibilidade, os casos de **ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.**

Porém, o Projecto de Lei n.º 137/XII (PS) apresenta uma formulação que vai muito para além dos casos de ausência de útero ou de lesão grave deste órgão que impeça, de forma absoluta e definitiva, a gravidez da mulher, pois, de acordo com a alteração que propõe para o n.º 2 do art. 8º, a maternidade de substituição seria admissível " *nos casos em que por outra forma seja impossível de forma absoluta e definitiva a gravidez, nomeadamente por ausência, lesão ou doença de útero.*", o que quer dizer que uma mulher em idade não fértil e sexagenária ou septuagenária, ficaria legitimada a "encomendar" um filho, através da maternidade de substituição.

Os Projectos de Lei n.º 122/XII (BE), n.º 131/XII (PS) e n.º 138/XII (PSD) admitem ainda o recurso à maternidade de substituição, por decisões "ad hoc" do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), *em situações clínicas que o justifiquem.*

Isto significa que o recurso à maternidade de substituição pode ser alargado a um sem número de casos, bastando para tanto uma decisão "ad hoc" do CNPMA, tendo como como fundamento uma **qualquer** situação clínica que o justifique.



Independentemente de quem possam ser as pessoas que integram ou possam vir a integrar o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, afigura-se contrário aos princípios constitucionais de igualdade dos cidadãos perante a lei e do estado de direito democrático que a definição de situações em que é legalmente possível a prática de certa categoria de actos seja feita, através de decisões casuísticas de pessoas concretas, por mais respeitabilidade que tais pessoas possam merecer.

Tal técnica legislativa, além de não ser conforme com os mencionados princípios constitucionais, também não é boa e recomendável, pois o Estado legislador demite-se de definir e delimitar as situações clínicas que, para além de ausência ou lesão do útero, permitem o recurso à maternidade de substituição, conferindo poderes a um grupo de cidadãos que integra o CNPMA para a definição e delimitação casuística de tais situações clínicas.

Como refere o Prof. Agostinho de Almeida Santos, na sua declaração de voto relativa ao Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a Procriação Medicamente Assistida, ... *os procedimentos casuísticos tolerados poder-se-ão vir a transformar em práticas institucionais aceites, mormente quando estiverem em jogo interesses que são de índole social, mas não deixam de envolver aspectos económicos relevantes e até se podem revestir de cariz pessoal mais ou menos hedonista.* – cfr. declaração de voto em

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057187_P044_DeclaracoesVotoPMA.pdf

Este reparo sobre o processo casuístico de delimitação das situações clínicas que se pretende que venham a justificar o recurso à maternidade de substituição não significa, porém, que se concorde e aceite a maternidade de substituição, como meio de procriação.



Com efeito, a maternidade de substituição implica, à partida, que a mãe de gestação ou mãe uterina e que, eventualmente, também poderá vir a ser a mãe genética realize a gravidez e o parto com o fito exclusivo de vir a entregar a criança à pessoa ou ao casal que lhe encomendou "o serviço" de gestação.

Isto significa que essa mulher desempenha a maternidade de substituição, sem ter qualquer interesse em ela própria vir a ser a mãe da criança que se desenvolveu e que, eventualmente, também gerou, no seu próprio ventre.

Porém, este empréstimo do seu aparelho reprodutivo não deixa de constituir uma instrumentalização da pessoa que ela é, para satisfazer os desígnios e interesses de outras pessoas, por mais legítimos e respeitáveis que eles possam ser.

E a instrumentalização da mãe de substituição é inegável e inequívoca, porque ela desempenha a função da maternidade sem querer e desejar ser mãe da criança que irá dar à luz.

Ora, nos termos do disposto na alínea e) do n.º 2 do art. 67º da Constituição, incumbe ao Estado, para protecção da família, *regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.*

No caso da maternidade de substituição, é evidente que este meio de procriação não salvaguarda a dignidade da pessoa humana, desde logo da mãe de gestação ou uterina, dado que ela é usada como instrumento, para outrem conseguir vir a ter um filho, que o será apenas do ponto de vista legal e jurídico.



Mas a instrumentalização da dignidade da pessoa humana também pode incidir na pessoa da criança que venha a nascer de uma maternidade de substituição.

Na verdade, a criança resultante de um processo de maternidade de substituição pode, em abstracto, vir a ter cinco progenitores.

Se uma mulher fornecer o ovócito esta será a **mãe genética**, se um homem fornecer o seu sémen será o **pai genético**, a mulher em cujo ventre a criança se desenvolve será a **mãe de gestação ou uterina**, e o homem e a mulher que formarem o casal que encomendou a maternidade de substituição serão, respectivamente, **pai e mãe legais** de tal criança, ou seja, ao todo cinco progenitores.

Afigura-se inegável que estes contributos parciais de várias pessoas para o processo de procriação de uma criança também ofende e viola a dignidade da própria pessoa humana da criança nascida, através de proceso de maternidade de substituição, dado que o seu ser é gerado e "construído" com referências e marcas genéticas de várias pessoas que, instrumentalmente, contribuíram para que essa criança pudesse vir a ser uma pessoa humana, mas sem que essas pessoas que contribuíram com material genético para a construção e desenvolvimento do seu ser tivessem querido assumir-se como os seus progenitores, isto é, pai e mãe.

Concordar-se-á, certamente, que qualquer pessoa humana, caso já existisse e tivesse consciência para decidir e escolher, não teria querido ser pessoa humana, através de contributos genéticos e da gestação de pessoas que nunca quiseram ser seu pai e sua mãe, mas que outrém determinou que viesse a ser, como pessoa humana, apenas e tão só porque queria ter um filho.



Como refere o Prof. Daniel Serrão, na sua declaração de voto relativa ao Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a Procriação Medicamente Assistida,

"... o casal infértil ou infecundo não fica fértil nem se torna fecundo com a obtenção de um filho(a) por intermédio de um gâmeta alheio ao casal. Este gâmeta, quando masculino, transporta uma informação génica basal alheia ao casal, com polimorfismos específicos, que vai influenciar o diálogo bioquímico com os genes do gâmeta feminino do casal e com os factores epigenéticos femininos; há, assim, uma vinculação biológica da mãe ao pai biológico que se exprimirá no filho(a) e à qual o componente masculino, apenas social e jurídico, deste "casal estável" é totalmente alheio ou, melhor, do qual foi deliberadamente excluído.

No caso do uso de um gâmeta feminino, o peso dos factores epigenéticos, citoplasmáticos, é muito significativo e vai marcar, seguramente, o desenvolvimento do embrião assim constituído, particularmente se for feminino (XX).

Objectivamente, não sendo o filho(a) constituído, totalmente, com os gâmetas do casal, o casal continuará estéril. Dificilmente este filho(a) deixará de ser visto como um filho(a) alheio ou estranho, pelo componente do "casal estável" que não é progenitor biológico, com prejuízo para o filho(a) constituído desta forma (que já foi designada por "adultério médico consentido", expressão que, obviamente, não subscrevo).

Nas idades de crise, como a adolescência, nas quais a intervenção de ambos os progenitores é radical para a conquista do difícil equilíbrio corporal e psicológico, a sensação de estranheza, ainda que subconsciente, irá dificultar as intervenções educativas e poderá tornar-se grave quando o filho(a) tomar conhecimento, como é de seu direito, da sua real e verdadeira filiação e origem biológica." – cfr. declaração de voto em

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057187_P044_DeclaracoesVotoPMA.pdf



Afigura-se assim ser evidente a instrumentalização da pessoa humana que ocorre, na maternidade de substituição, quer em relação à mãe de gestação ou uterina e que, eventualmente, também poderá ser mãe genética, quer em relação à criança que nasceu, através de tal processo.

Por último, também ofende a dignidade da pessoa humana que um processo de maternidade se possa estabelecer e consumir, como objecto de um negócio jurídico ainda que celebrado "*a título gratuito e excepcional*".

Na verdade a maternidade constitui, sob o ponto de vista da sua natureza jurídica, uma situação relativa ao estado das pessoas e é consensual que as situações jurídicas respeitantes ao estado das pessoas são indisponíveis e estão subtraídas à vontade das partes.

Por isso, não se percebe como é que se admite que a maternidade possa constituir objecto de um negócio jurídico ainda que celebrado a título gratuito e excepcional.

Por outro lado, também ninguém acreditará, por certo, que uma mulher se preste ao desempenho de uma maternidade de substituição, a título gratuito e apenas mediante o pagamento de despesas relativas à gestação.

E aqui o legislador, se vier a viabilizar, legalmente, negócios gratuitos de maternidade de substituição não será poeta, mas será apenas fingidor.



IV

Em conclusão

A Ordem dos Advogados, salvo o devido respeito e melhor opinião, considera

- que não deverá ser, legalmente, admitido o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, fora das situações de necessidade destinadas a resolver problemas de infertilidade ou de tratamento de doenças, pois a utilização dessas técnicas, por ou em pessoas que possuam capacidades de procriação, sobrepõe-se e instrumentaliza características e atributos essenciais da própria pessoa humana, o que fere e viola a sua dignidade, enquanto tal;

- e que também não deverá ser, legalmente, aceite e consagrada a maternidade de substituição, por este processo de procriação se servir de uma mãe uterina, como instrumento de gestação de uma criança que ela própria, através de um negócio jurídico, alegada e supostamente gratuito, se obrigou a não assumir como respectivo filho, o que a instrumentaliza, como mulher e mãe de aluguer, e instrumentaliza a própria criança, cuja gestação resultou do contributo negocial de alguém que não a quis ter como seu filho, e, por isso, fere e viola, quer a dignidade da pessoa humana da mãe de substituição, quer da criança dela nascida.

Lisboa, 06 de Fevereiro de 2012

A Ordem dos Advogados