



PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ASSUNTO: Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.ª (iniciativa de cidadãos), n.º 223/ XIV/1.ª (PS), n.º 237/ XIV/1.ª (BE), n.º 572/ XIV/1.ª (PCP), n.º 71/ XIV/1.ª (BE) e n.º 247/ XIV/1.ª (PAN) – Alteram a Lei n.º 32/2006, de 26.07 (procriação medicamente assistida), alargando as situações de realização de inseminação *post mortem* e garantindo o acesso à gestação de substituição

I. Enquadramento – objeto dos projetos de Lei

A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou a emissão de parecer sobre os Projetos de Lei n.º 214/XIV/1.ª (iniciativa de cidadãos), n.º 223/ XIV/1.ª (PS), n.º 237/ XIV/1.ª (BE), n.º 572/ XIV/1.ª (PCP), n.º 71/ XIV/1.ª (BE) e n.º 247/ XIV/1.ª (PAN).

Todos procedem a alterações à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que aprova o regime jurídico da procriação medicamente assistida, destinando-se as primeiras quatro iniciativas a alargar as situações de realização de inseminação *post mortem* e os dois últimos projetos de Lei indicados (71/XIV e 247/XIV) a determinar condições de acesso à gestação de substituição, em particular, procedendo a alterações no âmbito da revogabilidade do consentimento da gestante.

Será a sétima alteração à Lei n.º 32/2006 – que, desde 2016, sofreu cinco alterações – as quais se centraram, essencialmente, na modificação dos critérios de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida (doravante, PMA), na definição de critérios respeitantes à gestação de substituição, na garantia de igualdade de acesso e, bem



assim, na conformação constitucional do diploma, em face da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Este é o quadro no qual se movem as presentes iniciativas legislativas, as quais pela proximidade e similitude de questões tratadas se opta por analisar conjuntamente.

I.1. Exposição de motivos

A iniciativa do grupo parlamentar do Partido Socialista (**projeto de Lei n.º 223/XIV**) é clara em identificar o seu objeto e intenção na exposição de motivos: corrigir *desequilíbrio injustificado da lei*. O qual se encontra na previsão do artigo 22.º daquele normativo, permitindo (apenas) a transferência de embrião para concretização de projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, sem que permita idêntica concretização caso o procedimento de PMA se encontre em fase distinta, anterior. Projeto que, de acordo com o mesmo grupo parlamentar, se assemelha a anteriores iniciativas legislativas apresentadas daquele Partido em 2012 e em 2015 (projetos de Lei n.º 137/XII, n.º 752/XII e n.º 6/XIII¹).

Sobre esta questão, o grupo parlamentar do Partido Socialista assinala, ainda, a incongruência que a atual redação do artigo 22.º gera, quando confrontada com a evolução que aquele regime conhece, a saber: *«hoje uma mulher não casada e que não integre uma união de facto [pode] recorrer a técnicas de PMA com recurso a um dador anónimo e não existindo garantias de que este ainda esteja vivo no momento em que o*

¹ Os dois primeiros rejeitados na votação na generalidade e o terceiro e último uma das iniciativas que deu origem à Lei n.º 17/2016, de 20.06, não obstante a redação proposta para o artigo 22.º não ter sido aprovada na especialidade, conforme procedimentos legislativos acessíveis em:

Projeto de n.º n.º 137/XII:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=36675;>

Projeto de Lei n.º 752/XII:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38948;>

Projeto de Lei n.º 6/XIII:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=39762>



início do procedimento teria lugar, [mas] acaba por vedar-se a possibilidade de recurso à PMA quando esta era consciente, expressamente consentida e correspondente a uma vontade comum de ambos os futuros progenitores, admitindo-se, contudo que nas mesmas circunstâncias, a intervenção possa ter lugar através de recurso a banco de doação».

Incoerência e desigualdade que, de resto, já havia sido assinalada à Assembleia da República através de petição que reuniu mais de 110 mil assinaturas (petição n.º 28/XIV). É na sequência desta petição que surge a iniciativa legislativa de cidadãos, plasmada no **Projeto de Lei n.º 214/XIV**, o qual pugna pela possibilidade de inseminação artificial com sêmen de cônjuge já falecido.

Neste sentido, a exposição de motivos sublinha que não pretende introduzir qualquer mecanismo de exceção, mas antes evitar resultados injustos e corrigir a insuficiência e desadequação da lei em vigor.

Com o mesmo desiderato, o grupo parlamentar do Bloco de Esquerda apresenta o **projeto de Lei n.º 237/XIV**, com vista a aplicar à inseminação *post mortem* as mesmas condições já estabelecidas na lei para tornar lícita a transferência *post portem* de embriões.

Em idênticos termos, o grupo parlamentar do Partido Comunista Português apresenta o **projeto de lei n.º 572/XIV**, também, com vista a alargar a possibilidade de recurso a técnicas de PMA *post mortem*, em sentido muito semelhante ao das restantes iniciativas legislativas.

Já no âmbito da gestação de substituição, são apresentados os **projetos de lei n.º 71/XIV**, do grupo parlamentar do Bloco de Esquerda, e **n.º 247/XIV**, do grupo parlamentar do partido Pessoas Animais Natureza.

Nas respetivas exposições de motivos torna-se evidente que ambas as iniciativas visam conformar a lei da PMA com os acórdãos n.º 225/2018² e n.º 465/2019, ambos do

² Decisão relatada por PEDRO MACHETE, na qual o Tribunal Constitucional decidiu:

«a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, 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, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1;*
- b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, 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, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa;*
- c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei;*
- d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo;*
- e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, 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*



Tribunal Constitucional, cujas decisões declaram com força obrigatória geral normas daquele diploma, com fundamento, nomeadamente, na não admissão da livre revogabilidade do consentimento da gestante de substituição.

Nesta sequência, pretendem aqueles grupos parlamentares conferir adequadas garantias de exercício daquele direito.

*

II. Análise

Antes de mais importa assinalar que, embora possa ter reflexos no exercício de algumas das atribuições do Ministério Público, não se vislumbra que o diploma objeto das iniciativas legislativas em análise tenha aplicação prática direta pelos respetivos magistrados. Pelo que procuraremos centrar a nossa análise no sentido normativo, proposto ou vigente, que possa contender com princípios e normas constitucionais ou evidentes contradições com outras normas legais vigentes, de forma breve, atento o prazo fixado para a apresentação de parecer e a data em que nos foi presente para elaboração de informação.

1. Inseminação *post mortem*

O primeiro grupo de projetos de lei acima referido destina-se à alteração dos artigos 22.º e 23.º da Lei n.º 32/2006.

Embora com ligeiras diferenças de redação, todas as alterações propostas para o artigo 22.º se reconduzem a admitir a inseminação com recurso a sêmen do falecido marido ou homem com quem vivia em união de facto, nas condições já estabelecidas no

participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;

(...)» - decisão acessível em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.



atual n.º 3 mas apenas para a transferência de embrião: caso corresponda a realização de *projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.*

No que respeita ao consentimento escrito, o projeto de Lei apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista adianta *«nomeadamente aquele manifestado no documento em que é prestado o consentimento informado».*

Embora todos sejam, na aparência, bastante semelhantes, uma diferença particular merece ser assinalada quanto à redação proposta para o artigo 22.º. na sua redação atual, este preceito estabelece como regra geral a proibição da inseminação *post mortem*. Regra que é mantida no caso do projeto de Lei n.º 223/XIV (PS), mas é invertida nos restantes projetos.

Já no que respeita à paternidade resultante da inseminação *post mortem*, a iniciativa do Partido Socialista prevê regra idêntica à das demais propostas, no n.º 1 do artigo 23.º, mantendo, no n.º 3 – e, nos restantes projetos, no n.º 2, sem alterações –, a relevante exceção já constante da lei atual, mas estendendo-a, também, aos casos em que a inseminação é lícita e, portanto, consentida, nos seguintes termos propostos pelo projeto de Lei n.º 223/XIV:

«Artigo 23.º

Paternidade

- 1- *Se, em virtude da inseminação realizada nos termos do n.º 3 do artigo anterior, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.*
- 2- *[Atual n.º 1]*
- 3- *Cessa o disposto nos números anteriores se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.» [itálico e negrito nossos]*

Quanto a esta última exceção, é bom de ver que a atual redação do artigo 23.º dirige-se à violação da proibição de inseminação atualmente vigente, devendo, face às alterações propostas, colocar-se a questão se esta norma que exceciona o critério



biológico na determinação da paternidade será adequada (e proporcional) aos casos em que o pai, entretanto falecido, deu o seu expresso consentimento para a inseminação. Consentimento que, nas palavras de TIAGO DUARTE, constitui «*”pedra de toque” para o estabelecimento desta nova forma de filiação*»³.

Ora, se bem se interpreta, a aplicação daquela *exceção* vem restringir, de modo claro e, a nosso ver, desproporcional, os direitos fundamentais do progenitor falecido à constituição de família e à respetiva identidade. Direitos cuja tutela não deve ser enfraquecida em virtude da sua morte em momento anterior à conclusão dos procedimentos de PMA, nos casos em que estes visem concretizar o referido projeto de paternidade, não só consentido, mas sobretudo, desejado de comum acordo.

Neste sentido, o estabelecimento de paternidade nestes casos não poderá, a nosso ver e salvo melhor entendimento, ser totalmente equiparado à regra estabelecida no artigo 20.º para a inseminação heteróloga ou para os casos em que a inseminação *post mortem* não reúna os requisitos legais, mormente o do consentimento expresso e esclarecido. Na verdade, a prevalência da paternidade social sobre a biológica naqueles casos de inseminação heteróloga⁴ fundamenta-se em razões de facto que, claramente, não se verificam na concretização de um projeto de paternidade comum ao casal (inseminação homóloga), sendo certo não se vislumbra que os fundamentos técnico-jurídicos que determinam a conformidade constitucional nesses casos – já aferida pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 101/2009⁵ - sejam aplicáveis a estes outros, de inseminação homóloga *post mortem*.

Ademais, reitera-se, no caso de inseminação *post mortem*, a parentalidade não só é conhecida como foi desejada pelo progenitor, falecido em momento prévio ao da

³ *In in vitro veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 61. O Autor referia-se ao consentimento do marido da mãe para a inseminação heteróloga, com argumentos transponíveis, com as necessárias adaptações, para situação em apreço.

⁴ Assim, MARTA COSTA, *in A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 110 e ss.

⁵ Relatado por CARLOS FERNANDES CADILHA, acessível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.



conceção. Ou seja, trata-se, no nosso entendimento de alguém que não apenas contribuiu com material genético, como consentiu, de forma esclarecida, no vínculo. Ou, dito de outro modo, que doou o material genético com vista à reprodução dirigida a um concreto projeto de parentalidade e não com fim altruístico ou indiferenciado. Temos em que, nestes casos, possibilitar o afastamento, sem mais, do critério da paternidade biológica – como nos parece ser o caso, salvo melhor interpretação – suscita sérias dúvidas de conformidade constitucional.

De resto, não se trata apenas de discutir a eventual (ou duvidosa) proporcional restrição de direitos fundamentais do progenitor entretanto falecido ou da prevalência ou não da verdade biológica no estabelecimento da paternidade, sendo certo que uma e outra solução acarretam relevantes consequências em sede de direito da família, mormente no plano sucessório.

2. Gestação de substituição

Dois dos projetos de Lei remetidos para parecer procuram adequar a regulamentação da gestação de substituição à doutrina do Tribunal Constitucional.

O projeto de Lei n.º 247/XIV (PAN) começa por definir o período em que a gestante de substituição entrega a criança, propondo a seguinte redação para o artigo 8.º, n.º 1: «*Entende-se por «gestação de substituição» a situação em que a mulher se dispõe a assegurar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança que vier a nascer até 20 dias após o nascimento, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.»*

Pelo contrário, o projeto de Lei n.º 71/XIV (BE) mantém a atual redação do n.º 1, que apenas se refere à entrega da criança após o parto.

Ambos os projetos de Lei alteram o n.º 2 deste preceito, de forma a eliminar o segmento da parte final referente a *situações clínicas que o justifiquem*, o qual conferia indefinição e certo grau de discricionariedade a esta particular disposição legal.

Por outro lado, o projeto de Lei n.º 71/XIV (BE) introduz um novo n.º 4 a este artigo 8.º, com vista a, presume-se, evitar danos ou constrangimentos psicológicos ou



emocionais mais relevantes na gestante de substituição: «*Sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir, a gestante de substituição deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe*». Proposta normativa que, contudo, mereceu já sugestão de alteração por parte do CNPMA que, no parecer⁶ apresentado sobre os projetos de Lei em análise, avançou com sugestão de alteração no seguinte sentido: «*Apenas pode ser gestante de substituição a mulher que seja mãe de pelo menos uma criança por si gerada e que sempre tenha mantido quanto a esse ou esses seus descendentes, sem qualquer limitação, todos os direitos e deveres de responsabilidade parental*». O que o CNPMA faz ciente do impacto psicológico e emocional que a gestação (e a maternidade) comporta(m).

O mesmo projeto de Lei introduz na norma respeitante à autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), após audição da Ordem dos Médicos, do respeito pelas *disposições contratuais* estabelecidas no mesmo preceito. Isto é, introduz critério formal, que, considerando a inserção sistemática, será, também, aferido pelo CNPMA.

⁶ Acessível em:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764f4441314d57497a4d445974597a4d794f4330304e6d59334c57457a4d7a67744d574535593256684e4759315a4452694c6e426b5a673d3d&fich=8051b306-c328-46f7-a338-1a9cea4f5d4b.pdf&Inline=true>.

O mesmo parecer avança com sugestões quer ao nível da limitação de laços familiares ou de relações de proximidade entre a gestante e os beneficiários, com vista a evitar eventual conflitualidade e a minimizar probabilidades de arrependimento ou de incumprimento, bem como de restrição do âmbito pessoal da Lei de PMA apenas a cidadãos nacionais e a estrangeiros ou apátridas que tenham residência permanente em Portugal há pelo menos 2 anos, a fim de se evitar o chamado *turismo reprodutivo*.

Considerando o sentido e os fundamentos destas sugestões de alteração, somos do entendimento que as mesmas deverão merecer especial atenção e acolhimento por parte do legislador.



A iniciativa do Bloco de Esquerda introduz, ainda, novo n.º 6, no qual regula o procedimento de requerimento ao CNPMA para autorização da gestação de substituição, onde se exige a entrega de diversa documentação, incluindo informação clínica que justifique esta técnica de PMA e parecer prévio favorável da Ordem dos Psicólogos que incida, em particular, sobre a *aptidão psicológica* da gestante e dos beneficiários.

2.1. Consentimento - revogabilidade

No que respeita ao consentimento das partes, é introduzida relevante alteração, no sentido de se excepcionar expressamente a aplicação do artigo 14.º da Lei de PMA, com vista a permitir à gestante a revogação do consentimento até ao registo da criança (projeto de lei n.º 71/XIV- BE) ou *«até ao prazo de 20 dias imediatos ao nascimento, devendo as unidades de saúde habilitadas a declarar o registo, no caso de o nascimento ter aí ocorrido, abster-se de efectuar a declaração, que tem de ser feita obrigatoriamente junto das conservatórias do registo civil, nos termos do disposto no artigo 96º, número 1, do Código do Registo Civil»* (projeto de Lei n.º 247/XIV- PAN).

Quanto aos termos de revogação, deverão, eventualmente, ser contempladas as variadas hipóteses possíveis, entre as quais a revogação pelos beneficiários e a recusa da gestante em interromper a gravidez, prosseguindo projeto parental próprio, sendo de definir, claramente, nesse caso, a atribuição de paternidade. Definição que, no nosso entendimento, com vista a cumprir os desideratos de segurança jurídica – corolário do relevante princípio do Estado de Direito – deveria encontrar clara previsão legal, sem que ficasse na disposição das partes envolvidas no processo de PMA, as quais, não obstante a gratuidade do negócio, poderão, não raras vezes, encontrar-se em desiguais posições, quanto mais não seja, por um lado, pela fragilidade psicológica ou emocional de uns, seja, por outro lado, pela disponibilidade e pelo vínculo de gestação, de outros. Embora tais constrangimentos possam ser, em certa medida, ultrapassados pela intervenção do CNPMA, a verdade é que, tratando-se de matéria que, naturalmente, conduz, a clara restrição de direitos fundamentais, na necessária concordância prática a efetuar, a clara e direta regulação legal constitui, parece-nos, imposição constitucional.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 considerou que esta possibilidade de livre revogação é fator essencial para garantir o respeito pelo núcleo



essencial da dignidade da pessoa, no reduto máximo da sua autonomia⁷. Em conformidade, afirma-se na mesma decisão: *«forçar o cumprimento de tais obrigações – no caso ora considerado, condicionar de algum modo o abandono do projeto parental que deixou de ser partilhado pela gestante com o objetivo de que o mesmo seja levado até ao parto – implicaria instrumentalizar a gestante ao mesmo projeto parental, interferindo gravemente com a sua capacidade de autodeterminação e, em última análise, com a sua dignidade pessoal. O quadro em que a gestante, no exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, consentiu na gestação de substituição mostra-se alterado em termos tais, que a prossecução da mesma gestação já não traduz uma manifestação de tal direito. Porém, e como referido, esse é o pressuposto fundamental da legitimidade da intervenção e participação da gestante de substituição: na ausência de vontade positiva atual, a sua participação degrada-se em instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. Daí a importância de acautelar a permanência de tal vontade ao longo de todo o processo, o que só é possível mediante a admissão da livre revogabilidade do consentimento da gestante até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição.*

«Deste modo, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da

⁷ Aresto no qual se sublinha:

«Os beneficiários e a gestante de substituição não podem, assim, deixar de estar cientes de que o caráter voluntário das obrigações características do contrato de gestação de substituição é essencial ao respetivo cumprimento.

Por força das características próprias da gravidez, enquanto fenómeno biológico, psicológico e potencialmente afetivo com caráter dinâmico e imprevisível quanto a diversas vicissitudes, não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida e insuscetível de sofrer modificações em virtude de desenvolvimentos não previstos ocorridos durante o próprio processo gestacional.»



dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição).».

Sentido normativo e conformação com os princípios e direitos constitucionais que esta matéria invoca que vieram a ser reafirmados pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019⁸, o qual se pronunciou pela inconstitucionalidade «*por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República*», na parte em que reintroduz norma que conduz a idêntica restrição da revogabilidade do consentimento, pela gestante

Deste modo, as redações propostas ao permitirem a livre revogação do consentimento da gestante até ao registo da criança e / ou até vinte dias após o parto aproximar-se-ão já de uma solução mais equilibrada, nos termos definidos pelos citados arestos do Tribunal Constitucional.

Ainda assim, assinala-se que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida emitiu já parecer negativo sobre estas alterações⁹, renovando o entendimento plasmado

⁸ Aresto relatado por JOANA FERNANDES COSTA, no qual foi apreciado, em sede de fiscalização abstrata preventiva, suscitada pelo Presidente da República, do Decreto da Assembleia da República que visava proceder à sétima alteração da Lei n.º 32/2006. Acórdão publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 201/2019, de 18.10.2019, acessível em <https://dre.pt/home/-/dre/125468550/details/maximized>.

⁹ Parecer n.º 111/CNECV/2020, disponível em:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764e6d59334e5751314d6a55744d325578597930305a44686c4c574a6c5a546b745a474d325a6d4e6b4d475930596d55784c6e426b5a673d3d&fich=6f75d525-3e1c-4d8e-bee9-dc6fcd0f4be1.pdf&inline=true>.



no Parecer n.º 104/CNECV/2019¹⁰, segundo o qual «*A eventual revogação do contrato, pretendendo a gestante assumir a maternidade da criança nascida, pode abrir um conflito com a mulher autora do projeto que tenha sido dadora do gâmeta feminino, confrontando assim a vinculação gestacional com a vinculação intencional e genética, (...) é claramente lesivo dos direitos da criança.*».

Ademais, aquela decisão do Tribunal Constitucional não só decidiu que «*a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o*

¹⁰ Emitido a propósito dos projetos de Lei n.ºs. 1007/XIII, 1010/XIII, 1024/XIII, 1031/XIII e 1033/XIII, e no qual o CNECV conclui que:

«a) (...);

b) ao permitir a desvinculação imotivada da gestante, desvirtuam o equilíbrio encontrado para o contrato e o enquadramento ético do mesmo, fundado na solidariedade e altruísmo da gestante, nos termos da lei geral;

c) realizam a descaracterização total do modelo que se centrava na natureza meramente gestacional da intervenção da gestante e na determinação da paternidade/maternidade dos autores do projeto parental;

d) criam, à partida, um conflito eventual entre os autores do projeto parental e a gestante, subordinando-se totalmente o destino do projeto parental à vontade desta;

e) relativizam o interesse da criança que virá a nascer, na medida em que o desfecho do projeto e o destino da criança são incertos;

f) desatendem completamente os direitos dos autores do projeto parental e dador(es) de gâmetas, no caso de revogação do contrato de gestação pela gestante.»

Parecer acessível em:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a4e6b596a426a4f5467354c574d7a4e5745744e4459784e433035596a4a6b4c5445354d47566b4f5756684f544e68597935775a47593d&fich=3db0c989-c35a-4614-9b2d-190ed9ea93ac.pdf&Inline=true>.



seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição), estendendo-se tal juízo consequencialmente, e pelas mesmas razões, à norma do n.º 7 do artigo 8.º daquela Lei, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é sempre tida como filha dos respetivos beneficiários. (...) [Como também sublinhou que] esta última norma, ao estabelecer um critério especial de filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição no pressuposto de que a gestante prestou o seu consentimento livre e esclarecido a tal modo de procriação, não ressalva a possibilidade de revogação desse mesmo consentimento – revogação essa que, por sua vez, implica a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil – que, conforme referido, constitui uma condição necessária da salvaguarda do direito ao desenvolvimento da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição.»

Sobre esta última questão, o projeto de Lei n.º 71/XIV introduz nova redação ao n.º 9 daquele preceito – norma que equivalerá ao atual n.º 7 – nos seguintes termos: «*Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários*». Ora, o artigo seguinte – artigo 9.º, sob a epígrafe *investigação com recurso a embriões*, não é alterado pelas iniciativas legislativas em análise e nada estabelece quanto à filiação ou revogabilidade do consentimento da gestante de substituição. Nestes termos, a intenção, se bem compreendemos, seria a de remeter para o número seguinte, o **n.º 10**, este sim, referente à livre revogabilidade daquele consentimento, *até ao registo da criança nascida*.

A definição deste particular marco temporal permite-nos assinalar que, atualmente, quase todos os hospitais / maternidades (senão todos) dispõem de espaço destinado ao registo das crianças que ali nasçam, o que, habitualmente, ocorre em momento anterior, até, ao da alta clínica da gestante e do bebé. É consabido o efeito psicológico, emocional e hormonal que o parto provoca na gestante, sendo os dias que se lhe seguem determinantes para a sua estabilização e para a adaptação do bebé à vida extrauterina.

De resto, resulta inclusivamente do dispositivo da citada decisão do Tribunal Constitucional (referimo-nos ao acórdão n.º 225/2018) que a revogabilidade da decisão deverá ser livre até ao momento da entrega da criança aos beneficiários, com vista a plenamente respeitar os direitos fundamentais da gestante ao livre desenvolvimento da



personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e à constituição de família.

Nestes termos, a redação proposta para o n.º 8 do mesmo preceito pelo projeto de Lei n.º 247/XIV (PAN) revela-se, sob aquele ponto de vista, dos direitos da gestante, e da adaptação da díade gestante – bebé, solução mais equilibrada ou proporcional – porque menos restritiva daqueles direitos fundamentais da gestante, de acordo com a respetiva conformação estabelecida no acórdão n.º 225/2018.

2.2. Nulidade do *negócio jurídico*

O projeto de Lei n.º 247/XIV (PAN) procura eliminar a configuração da gestação de substituição como negócio jurídico e, em conformidade, propõe a revogação do n.º 12 do artigo 8.º, que, atualmente, prevê a nulidade dos *negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição* que não respeitem as disposições deste preceito. Embora se compreenda a intenção do grupo parlamentar proponente, a configuração atual poderá, salvo melhor opinião, conferir maior grau de proteção a todos os envolvidos, tanto à gestante como aos beneficiários.

Por sua vez, o projeto de Lei n.º 71/XIV não só mantém a configuração de negócio jurídico como propõe para o n.º 12 daquele preceito o elenco das cláusulas contratuais obrigatórias, cuja celebração deve ser supervisionada pelo CNPMA. Entre as mesmas encontra-se as obrigações da gestante quanto às orientações médicas e acompanhamento clínico da gravidez, o direito da gestante na escolha do obstetra, do local e tipo de parto e, bem assim, do apoio psicológico antes e depois do parto, a possibilidade de denúncia de qualquer das partes, os termos da revogação do consentimento e a natureza gratuita do negócio.

Em ambos os casos, elimina-se a estatuição de nulidade, cuja conformidade constitucional foi, igualmente, posta em crise pelo acima citado acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, em síntese, nos seguintes termos: «*A rigidez excessiva inerente à invocabilidade da nulidade sem limite de tempo torna-se evidente quando confrontada com a possibilidade de o procedimento criminal relativamente aos crimes tipificados no artigo 39.º da LPMA se extinguir, por prescrição, nos prazos de dois ou cinco anos, conforme a pena máxima aplicável (cfr. o artigo 118.º, n.º 1, alíneas c) e d),*



do Código Penal). Por outro lado, o regime da nulidade não permite diferenciações, seja em função da gravidade de cada causa, seja em função da realidade criada na sequência da execução de um contrato nulo.»

Tratando-se de acordo que sempre será *fiscalizado* pelo CNPMA, o elenco introduzido pelo projeto de Lei n.º 71/XIV não só permite facilitar e uniformizar este controlo, como garante às partes envolvidas a segurança jurídica que importa salvaguardar. O que, de resto, foi exigência da doutrina do Tribunal Constitucional plasmada no referido aresto, conforme demonstra a seguinte passagem: *«a lei é omissa quanto aos critérios de autorização prévia do contrato de gestação de substituição e relativamente à supervisão do conteúdo do mesmo contrato, que, por sua vez, condiciona a mencionada autorização. E, todavia, tais critérios, desde logo por razões de igualdade, não podem deixar de ser uniformes para todos os contratos, especialmente, e tendo em conta a natureza das matérias em causa, no que se refere ao sentido das aludidas cláusulas de existência obrigatória e ao núcleo das restrições proibidas. Ou seja, a definição dos critérios em apreço revela-se essencial à operacionalização da gestação de substituição. (...) Por outras palavras, os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia.»*

Observações às quais o legislador procura, agora, claramente, responder, considerando que estamos perante matéria restritiva do exercício de direitos liberdades e garantias *«(...) – e, por conseguinte, matéria de reserva de lei parlamentar ex vi artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b), da Constituição –, aquela indeterminação não é compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição»* (o mesmo acórdão n.º 225/2018).

2.3. Direitos e deveres

Paralelamente, o mesmo projeto de Lei n.º 71/XIV adita os artigos 13.º-A e 13.º-B, referentes, respetivamente, aos direitos e aos deveres da gestante de substituição. Entre



os direitos, destaca-se a informação e o acompanhamento psicológico e, quanto aos deveres, sublinha-se a obrigação de seguir as prescrições médicas, de informar os beneficiários sobre a verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do acordado, *«nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez»*.

No plano dos direitos e deveres das partes envolvidas, o projeto de Lei n.º 247/XIV (PAN) adita, com relevo, um n.º 3 ao artigo 13.º, no qual estabelece que *«Por acordo de todos os interessados, manifestado no requerimento previsto no número 10 do artigo 8º, deve ser assegurada durante o período de gestação a possibilidade de acompanhamento da gestante pelos beneficiários, de forma a garantir o desenvolvimento de um vínculo afetivo desde o início dos processos terapêuticos até à entrega da criança»*.

2.4. Confidencialidade

No que respeita à confidencialidade, o mesmo projeto de Lei (n.º 247/XIV) adequa, igualmente, as normas constantes do artigo 15.º, acrescentando no n.º 2 a possibilidade de a pessoa nascida em consequência de processo de PMA obter informação sobre a identificação civil da dadora e da gestante – sendo certo que a redação atual apenas prevê o *dador*.

Alterações propostas que respondem, igualmente, a nosso ver, ao assinalado pelo Tribunal Constitucional no aresto n.º 225/2018. Contudo, em face da fundamentação desta decisão e, bem assim, da exposição de motivos daquele projeto de Lei, se bem o alcançamos, a intenção do legislador será a de revogar o atual n.º 5 e não o n.º 4 do mencionado preceito. Tanto mais que o atual n.º 5 corresponde à norma que vigorava no n.º 4 aquando da prolação daquela decisão pelo Tribunal Constitucional – da Lei n.º 32/2006, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, de 22.08 – sobre a qual recaiu o juízo de inconstitucionalidade.

*

III. Apreciação geral e conclusiva

O objeto dos projetos de Lei analisados fundamenta-se, no nosso entendimento, em anterior opção de cariz político-legislativo sobre matéria, que, não obstante encontrar regulação estabelecida, não estará, ainda, isenta de controvérsia, convocando valores



enraizados em distintas convicções filosóficas e éticas, sobre as quais não nos compete emitir opinião.

Assim, como anunciado, procurámos centrar a nossa análise na conformidade constitucional – sobretudo, atendendo à ampla pronúncia do Tribunal Constitucional sobre a matéria e que motiva duas das iniciativas apresentadas –, sem prejuízo de algumas considerações pontuais, mormente de natureza formal, suscitadas por outras normas dos vários projetos.

Sobre a adequação da Lei de PMA àquela superior doutrina do Tribunal Constitucional, não obstante as soluções apresentadas poderem ser tidas como (mais) equilibradas, haverá, cremos, ainda, espaço para melhor e mais clara conformação legal, em particular, em matéria de revogabilidade do consentimento da gestante. Sendo estas matérias em que se impõe a concordância prática entre interesses e direitos fundamentais conflitantes e, em sede da qual, a restrição de uns em detrimento de outros é inevitável, a reserva de lei e a segurança e certezas jurídicas desaconselham, salvo melhor e superior entendimento, ao diferimento para regulamentação posterior destes particulares aspetos.

Reconhecendo que, nesta matéria, será difícil convocar argumentos decisivos para afastar totalmente dúvidas de natureza constitucional, não pode a mesma deixar de ser analisada sob vários ângulos e devidamente ponderada na procura do necessário equilíbrio entre os interesses e valores presentes, desde logo entre o direito à constituição de família e o direito à autonomia e dignidade pessoal.

Particular e especial atenção merecem, a nosso ver, as adaptações do regime da inseminação *post mortem* e o seu reflexo ao nível do estabelecimento da paternidade. Neste plano, como acima expandido, somos da opinião de que o consentimento livre e esclarecido do progenitor que veio a falecer antes de ver concretizado o projeto de paternidade deverá constituir critério preponderante de filiação, sobrepondo-se ao critério social que, justificadamente, naqueles outros casos, vigora na inseminação heteróloga.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Os projetos apresentados para parecer do Conselho Superior do Ministério Público foram já aprovados na generalidade, em sessão plenária do dia 23.10.2020, não se encontrando, contudo disponibilizada na agenda *online* da Assembleia da República, discussão na especialidade – não obstante o prazo indicado para a apresentação de parecer ser até dia 29.01.2021.

*

É este o parecer do CSMP.

Lisboa, 29 de Janeiro de 2021