

Reapreciação do limite de idade do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida

1. O CNPMA, ao abrigo da sua competência fixada na alínea b) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e atenta a inexistência de uma regra normativa específica no Direito Português na matéria, deliberou fixar uma idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, na Deliberação n.º 03/II, de 19 de julho de 2013, à qual foi feito um aditamento em 19 de agosto do mesmo ano¹. Esta deliberação foi revogada em 8 de julho de 2016, após a entrada em vigor da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que tornou legalmente admissível a formação de famílias monoparentais com recurso às técnicas de PMA e, ulteriormente, ripristinada através da Deliberação do CNPMA n.º 16-II/2017, de 20 de outubro, retomando o Conselho a posição expressa na Deliberação n.º 03/II, de 19 de julho de 2013.

¹ A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, apenas fixa um limite etário mínimo para os beneficiários da Procriação Medicamente Assistida (adiante “PMA”), no n.º 2 do artigo 6.º (“Beneficiários”) que determina que: “As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas”. Se analisarmos os projetos de lei que originaram este diploma verificaremos que apenas um deles (o apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata) propôs limites etários máximos para se recorrer à técnicas PMA. Cf. o artigo 4.º (“Acesso às técnicas de procriação medicamente assistida”) do Projeto de Lei n.º 141/X que regula as Aplicações Médicas da Procriação Assistida, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, o artigo 2.º (“Beneficiários”) do Projeto de Lei n.º 172/X, que regula as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português, o artigo 12.º (“Beneficiários”) do Projeto de Lei 176/X, que estabelece o regime jurídico da Procriação Assistida, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata e o artigo 4.º (“Beneficiários”) do Projeto de Lei n.º 151/X, que regula as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista. Estes projetos encontram-se disponíveis em www.parlamento.pt/AtividadeParlamentar/

2. Essa idade limite foi fixada nos 60 anos (59 anos e 365 dias – ou 366 se os 60 anos forem completados em ano bissexto), com base nos critérios interpretativos gerais contidos no artigo 10.º do Código Civil. Com base neles o CNPMA concluiu não ser possível recorrer, para a fixação do aludido limite etário, à interpretação analógica das normas do Código Civil que regulam o instituto da adoção, uma vez que estão em causa, na matéria em apreço, células reprodutivas e não um ser humano já nascido, afigurando-se-lhe necessário, para o efeito, criar uma nova norma dentro do espírito do sistema, em obediência ao disposto do n.º 3 do referido artigo 10.º.
3. O CNPMA atendeu, para o efeito, ao conceito essencial do Direito Internacional e Nacional dos Menores do “interesse superior da criança”, que se concretizaria, na situação a regular, “na ideia de que as crianças e os jovens devem ter o afeto, o amparo, o auxílio e a companhia dos seus progenitores pelo maior número de anos possível”²; à esperança média de vida dos homens em Portugal de acordo com os dados facultados pelo Instituto Nacional de Estatística (adiante “INE”), e, ainda, ao limite etário fixado no Código Civil para a adoção de uma criança³.
4. O referido limite etário foi fixado pelo Conselho também no pressuposto de que a infertilidade seria “uma doença do casal, à luz do estatuído no n.º 2 do art.º 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”⁴, pressuposto que perdeu razão de ser após o alargamento do universo dos beneficiários da Procriação Medicamentosa Assistida (PMA) a todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade, estado civil ou orientação sexual, após as alterações introduzidas nos artigos 4.º (“Recurso à PMA”) e 6.º (“Beneficiários”) do aludido diploma, pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho.

² Cf. o § 4.º da Deliberação n.º 03/II, de 19 de julho de 2013 do CNPMA.

³ Cf. os artigos 1979.º, n.º 3 e 1992.º, n.º 2 do Código Civil, na redação que lhes foi dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto. O limite geral dos 60 anos foi, entretanto, flexibilizado pelas alterações introduzidas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que exclui a sua aplicação quando o adotando seja filho do cônjuge do adotante, e revogou o segundo dos aludidos artigos.

⁴ Cf. o § 5.º da Deliberação n.º 03/II, de 19 de julho de 2013 do CNPMA.

5. Estas alterações refletem-se igualmente na concretização do conceito indeterminado do “superior interesse da criança” no sentido anteriormente feito pelo CNPMA, uma vez que a criança pode não ter, *ab initio*, um progenitor do sexo masculino no caso de a(s) beneficiária(s) da PMA serem mulheres sem parceiro(a) ou casais de mulheres, de acordo com o estabelecido no artigo 20.º (“Determinação da parentalidade”) da referida Lei. Nestes casos, assim como no da transferência *post mortem* do embrião, autorizada pelo artigo 22.º (“Inseminação *post mortem*”) do mesmo diploma, a criança não beneficia, desde o momento do nascimento, da presença de um pai, sem que essa solução tenha sido considerada ofensiva do seu superior interesse por parte do legislador ordinário ou do Tribunal Constitucional⁵. Na medida em que é permitido o acesso a qualquer mulher, independentemente do diagnóstico de infertilidade, às técnicas de PMA, o objetivo anteriormente visado pelo Conselho, de prevenir situações de orfandade precoce decorrentes da elevada idade paterna, deixa de fazer sentido, uma vez que a mulher sempre pode recorrer a procriação com espermatozoides de dador, seja qual for a idade do marido, que neste caso poderá vir a ser o pai da criança que vier a nascer.
6. Ocorreram, igualmente, alterações relevantes para o enquadramento jurídico da matéria, no que concerne aos fatores objetivos a que o CNPMA recorreu para justificar a solução normativa encontrada em 2013 e reprimada em 2017:
- a) Segundo as Tábuas de Mortalidade para Portugal do INE para o triénio 2016/2018, a esperança média de vida à nascença é estimada em 77,78 anos para os homens e de 83,43 anos para as mulheres, tendo aumentado, relativamente às divulgadas pelo mesmo Instituto para o triénio 2008/2010, e que foram invocadas na Deliberação do CNPMA, em 1,64 e 1,38 anos,

⁵ O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a salvaguarda dos direitos fundamentais da mãe e da criança gerada por mulher sozinha, *i.e.*, no âmbito de uma família voluntariamente monoparental criada com recurso às técnicas de PMA, no § 82 do Acórdão n.º 225/2018, de 14 de abril de 2018, publicado no Diário da República n.º 87/2018, I Série, de 7 de maio de 2018, pp. 1885 e seguintes.

- respetivamente⁶; se se considerar como indicador de longevidade a esperança de vida aos 65 anos, em 2017 esse valor era de 18,3 anos para os homens e 22,1 para as mulheres⁷;
- b) Ao contrário do que sucede com as mulheres, em que a partir da menopausa (atingida, em média, na população portuguesa, de forma espontânea, aos 50 anos) deixam de se poder reproduzir sem recurso a técnicas de PMA, os homens poderão manter a capacidade reprodutiva ao longo da vida, pelo que, do ponto de vista biológico, não são situações comparáveis e a fixação de um limite etário masculino para aceder à PMA nos 60 anos pode conduzir à discriminação injusta em razão da idade de homens com idade superior;
7. Com as aludidas alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o recurso à PMA passou a poder fazer-se quer a título subsidiário (quando haja um diagnóstico de infertilidade ou para tratar ou prevenir a transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outra), quer a título supletivo (no caso de mulheres sem parceiro(a) ou de casais de mulheres, que a elas decidam recorrer, sem que se encontrem preenchidos os aludidos requisitos). Deste modo, o referido limite etário fixado em relação ao elemento masculino tem de atender ao facto de que a aplicação das técnicas pode ocorrer em contextos diversos daquele que anteriormente o CNPMA apenas considerou na aludida deliberação, *i.e.*, o do casal heterossexual casado ou que vivesse em condições análogas às dos cônjuges, o que pode implicar um diferente entendimento do “espírito do sistema” jurídico vigente no nosso País.
8. Não considerar a existência de diferentes e novas situações a que o referido limite etário se pode aplicar, pode originar situações discriminatórias injustas em razão do estado de saúde, da orientação sexual, do estado civil ou, como referido, da idade,

⁶ Anteriormente situavam-se nos 76, 14 para os homens e nos 82, 05 anos, para as mulheres. Estas Tábuas de Mortalidade encontram-se disponíveis em: <https://www.ine.pt>

⁷ Fonte: Eurostat a partir de dados de Institutos Nacionais de Estatística. Disponível em PORDATA <https://www.pordata.pt/Europa/Esperan%C3%A7a+de+vida+aos+65+anos+por+sexo-1262>

contrárias ao princípio da igualdade e da não discriminação, constitucionalmente consagrado no artigo 13.º (“Princípio da Igualdade”) da Constituição da República Portuguesa e em vários instrumentos jurídicos internacionais, nomeadamente no artigo 21.º (“Não discriminação”) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, solenemente proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão em 7 de dezembro de 2000 e a que foi atribuído efeito vinculativo com a adoção do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, no artigo E (“Não discriminação”) da Parte V da Carta Social Europeia Revista, aberta à assinatura dos Estados-membros do Conselho da Europa em 3 de maio de 1996⁸ e no artigo 12.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em dezembro de 1979⁹, aos quais Portugal se encontra vinculado.

Por exemplo, uma mulher infértil casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com um homem com idade superior a 60 anos, é impedida, pela aplicação da Deliberação n.º 03/II, de 19 de julho de 2013 do CNPMA, de recorrer às técnicas de PMA, atenta a idade do parceiro, enquanto que uma mulher fértil, que viva em idênticas condições, com um parceiro da mesma idade, pode se reproduzir sem qualquer impedimento jurídico, o que configura uma situação de discriminação negativa, em razão do estado de saúde, da primeira das aludidas mulheres. De igual modo, um homem com idade superior a 60 anos, fértil, casado ou que viva em condições análogas às dos cônjuges, que é impedido, pela aplicação da aludida deliberação, de recorrer a essas técnicas se a sua parceira for infértil, é negativamente discriminado, atenta a sua idade, em relação a outro homem fértil, da mesma idade, cuja parceira seja saudável.

De igual modo, uma mulher infértil casada, ou que viva em condições análogas aos dos cônjuges, com um homem com mais de 60 anos, vê-se impedida de recorrer às

⁸ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de outubro.

⁹ Ratificada pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho.

técnicas de PMA, usando gâmetas desse homem com quem mantém uma relação afetiva estável, enquanto que uma mulher só, casada ou que viva em condições análogas às dos cônjuges com outra mulher pode recorrer às aludidas técnicas, em regra independentemente da idade do seu cônjuge, quando este exista¹⁰. A primeira mulher pode, pois, ser negativamente discriminada em razão do seu estado civil (de casada) e da sua orientação sexual (heterossexual).

Estas situações discriminatórias ofendem o princípio geral da dignidade humana de todas as pessoas envolvidas na realização das técnicas de PMA, expressamente consagrado no artigo 3.º da Lei da PMA.

9. Acresce revelar um inquérito recente realizado no âmbito da Sociedade Europeia de Medicina da Reprodução que indica que não é fixada na legislação da quase totalidade dos países europeus um limite etário máximo para aplicação das técnicas de PMA aos homens¹¹.
10. O limite etário fixado para efeitos de adoção (60 anos, em regra) no artigo 1979.º (“Quem pode adotar plenamente”) do Código Civil, foi-o em 2003, não atendendo à evolução entretanto verificada no que concerne à esperança média de vida da

¹⁰ No que concerne ao limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias, o CNPMA estabeleceu através da Deliberação n.º 15-II/2017, de 20 de outubro, com base, sobretudo, na “(...) realidade biológica objetiva inerente à fisiologia das mulheres e, mais concretamente, a questão da menopausa mas, de igual modo, os riscos para a saúde e a segurança quer dos fetos quer das grávidas nas gestações que ocorrem em idades femininas avançadas”, que “só são elegíveis para beneficiar de técnicas de PMA as mulheres que, no momento da concretização da técnica em causa, tenham uma idade que não ultrapasse os 49 anos e 365 dias (ou 366 se essa idade for completada em ano bissexto)”. Tratando-se de uma mulher só, o acesso às técnicas de PMA não é limitado pela eventual idade do dador de sémen, com o qual não estabelece qualquer relação jurídica. Se se tratar de um casal de mulheres em que haja a intervenção de apenas de um dos seus membros no que concerne à aplicação das técnicas de PMA, o aludido limite etário não se aplica ao outro membro, de acordo com o determinado na aludida deliberação, cujo fundamento reside fundamentalmente na “situação natural objetiva da fisiologia das mulheres” a quem serão aplicadas as referidas técnicas. Cf. os § 2.º e 4.º desta Deliberação.

¹¹ Não fixaram, no plano do Direito Positivo, um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários a Albânia, a Áustria, Bielorrússia, a Bélgica, a Bulgária, a Croácia, o Chipre, a República Checa, a Dinamarca, a Estónia, a Finlândia, a Grécia, a Hungria, a Itália, o Cazaquistão, a Letónia, a Lituânia, a Macedónia, Malta, a Moldávia, o Montenegro, a Noruega, a Polónia, a Roménia e a Eslováquia. Cf., na matéria, p.

população portuguesa^{7,12}, às alterações da estrutura dos agregados familiares entretanto ocorridas e às novas formas de constituir família através do recurso à PMA, pelo que pode questionar-se a adequação de o considerar para efeitos de resolução da questão em estudo, ou seja, se continua a servir de elemento a que se possa atender para efeitos de interpretação do “espírito do sistema” jurídico português vigente.

Tudo ponderado, o CNPMA determina, com a força decorrente do disposto na al. b) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, **revogar a sua Deliberação n.º 3 - II, de 19 de julho de 2013, que estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, remetendo a questão para as *leges artis* médica.**

Lisboa, 11 de outubro de 2019

¹² A esperança de vida à nascença da população residente em Portugal do sexo masculino era, em 2002/2003, de 74,00 anos e a do sexo feminino de 80, 57 anos. Cf. CARRILHO, Maria José e PATRÍCIO, Lourdes, “Tábuas de Mortalidade em Portugal”, *Revista de Estudos Demográficos*, 2.º semestre de 2004, Lisboa: INE, p. 49.