

Deliberação n.º 16-II/2017, de 20 de outubro

Estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários

A. No dia 19 de julho de 2013, o CNPMA aprovou uma deliberação, que ficou identificada sob a designação “**Deliberação n.º 3-II**” e cujo texto integral era o seguinte:

*«1. O CNPMA, tendo constatado que nos centros públicos de PMA estavam a ser consideradas distintas idades limite do elemento masculino dos casais na seleção dos elegíveis para a aplicação de técnicas de PMA, por considerar que essa prática constitui uma inequívoca violação do princípio da igualdade – aliás, princípio da **proibição da desigualdade injustificada** - consagrado no artigo 13.º da Constituição da República e nos artigos 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem [Declaração Universal dos Direitos Humanos], adotada e proclamada pela Assembleia-Geral da ONU através da sua Resolução 217.º (III) de 10 de dezembro, e 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, anexa ao Tratado de Lisboa, entendeu ser necessário pôr cobro a essa situação de desigualdade, procedendo à fixação, com carácter geral e abstrato, de uma idade limite a ser uniformemente praticada por todos os centros de PMA e relativamente a todas as técnicas.*

Ao dar corpo a esse desígnio, importa, logo à partida, clarificar que a definição desse limite ao acesso às técnicas de PMA se enquadra na competência do Conselho fixada na alínea b) do n.º 2 do art.º 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, havendo, de igual modo, que reconhecer e sublinhar que não existe neste momento no Ordenamento Jurídico nacional português uma qualquer regra normativa que regule diretamente esta questão.

O que significa que o CNPMA, enquanto entidade reguladora independente do setor da PMA, terá de atuar em conformidade com o que se encontra previsto no artigo 10.º do Código Civil, no qual se estabelece que:

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.
2. Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Tudo isto, como é evidente, sem prejuízo de o Legislador querer fazer sua esta tarefa, produzindo uma tal norma que se tornará, se for criada, vinculativa com força obrigatória geral, fazendo desaparecer aquela que este Conselho aqui está a estabelecer.

2. Nesta conformidade e compulsado o Código atrás citado, que constitui uma referência incontornável e imprescindível na busca das soluções para os problemas que quotidianamente surgem no relacionamento interpessoal dos membros da Comunidade, constata-se que os comandos jurídicos que contêm alguma margem de contacto com a situação em apreço são os consubstanciados no n.º 3 do art.º 1979.º e no n.º 2 do art.º 1992.º, ambos desse Diploma, nos quais, respetivamente, se pode ler o seguinte (versões introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto):

3. Só pode adotar plenamente quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, sendo



que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adotante e o adotando não poderá ser superior a 50 anos.

2. Só pode adotar restritamente quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, salvo se o adotando for filho do cônjuge do adaptante.

Para além desses normativos, o Conselho, apesar de ter sempre presente que essa regulamentação não traduz a vontade atual do Legislador, considerou ser igualmente relevante atender ao que antes se estabelecia na redação dada pelo Decreto-Lei nº 120/98, de 8 de maio, ao n.º 4 do atrás citado art.º 1979.º do Código Civil, a saber (com sublinhado que não consta do original):

4. Excecionalmente, quando motivos ponderosos o justifiquem, pode adotar plenamente quem tiver menos de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, desde que não seja superior a 50 anos a diferença de idades entre o adotante e o adotando ou, pelo menos, entre este e um dos cônjuges adotantes.

A escolha destas referências e não de outras decorre da circunstância de, tanto nas adoções como na aplicação das técnicas de PMA e sempre em obediência a um projeto parental suficientemente definido, se pretender integrar um novo ser humano numa unidade familiar pré-existente, sendo que no primeiro caso existe uma concreta criança (ou jovem) já nascida(o), que poderá ou não ter ligações biológicas com o adotante, ou adotantes (adoção por pessoa singular ou por casal), e no segundo apenas células reprodutivas que, com a utilização dessas técnicas, poderão dar origem, espera-se, a uma gravidez e ao subsequente nascimento de uma nova criança - podendo ou não esse material genético ter tido origem num ou em ambos os membros do casal elegível.

3. Mas se são nítidas as semelhanças entre estes dois casos, não o são menos as diferenças, sendo a maior delas exatamente a de que, no segundo deles, existe apenas a potencialidade do nascimento de um novo ser humano e não alguém já dotado de personalidade jurídica e de vontade autónoma que tem de ser devidamente respeitado e, em determinadas situações, até formalmente ouvido (art.º 1981.º n.º 1 a) do Código Civil).

E são essas diferenças que impõem que se considere que a solução a dar à questão em apreço não seja encontrada a partir de uma interpretação analógica das normas do Código Civil antes transcritas, mas sim mediante a criação de uma nova norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Ainda assim, com todas as devidas adaptações, porque, insiste-se, é de células reprodutivas e não de seres humanos que aqui se cuida, na criação dessa norma não pode deixar de ser atendido um Valor Ético fundamental e de aplicação geral que está inscrito, entre outros normativos, no Princípio II da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, a saber:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo a que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Efetivamente - pese embora, neste caso, essa vontade esteja fortemente limitada porque a conceção não foi possível sem o recurso às técnicas de PMA -, a imposição de limites ao exercício da liberdade da vontade individual só pode ser determinada

quando esse exercício colide com Valores Éticos Estruturantes da Comunidade que lhe sejam superiores (art.º 335º n.º 1 do Código Civil).

4. E aqui esse valor é exatamente o interesse superior da criança em crescer no seio de uma família que lhe proporcione a oportunidade de, em condições de liberdade, dignidade e, tanto quanto possível, estabilidade, se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e emocionalmente equilibrada, com vista a permitir a sua integração harmoniosa e útil na Comunidade a que queira livremente pertencer e a dotá-la das capacidades e competências para buscar a sua felicidade, tal como ela a concebe, desde que com isso não prejudique os direitos ou legítimos interesses dos outros.

Ora, tal como o Legislador - ou seja, a maioria institucional relevante da Comunidade - o configura, a prossecução desse desiderato assenta, primordialmente, 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; é conveniente que nunca se esqueça que, numa família emocionalmente equilibrada, o sentimento de perda é doloroso e, se sentido em tenra idade, pode ser devastador.

Daí que seja ética e socialmente indesejável criar, logo à partida, a potencialidade de um novo ser humano nascer quando aquele que vai ser o seu progenitor masculino, considerando a esperança média de vida dos homens em Portugal, não estará, mais não seja em termos estatísticos, em condições de estar presente na vida do filho ou filha até ao final da sua adolescência.

E é por estas razões agora expostas que se torna eticamente justificado e socialmente legítimo estabelecer este limite de idade para o elemento masculino dos casais elegíveis, sendo certo que, no que respeita às mulheres, é a própria Natureza que, embora sem esta rigidez e inflexibilidade mas com um carácter bem mais imutável, o fixa com a chegada da menopausa.

9.

E porque assim é, importa, finalmente, quantificar esse limite.

5. Os fatores objetivos relevantes são aqui, primordialmente, a esperança média de vida dos homens em Portugal e a idade média em que as mulheres atingem a menopausa.

Segundo as Tábuas de Mortalidade para o triénio 2008/2010 divulgadas pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), a esperança média de vida à nascença era de 79,20 anos para ambos os sexos, de 76,14 anos para os homens e de 82,05 anos para as mulheres.

Por outro lado, para o mesmo lapso temporal, a esperança média de vida dos portugueses aos 65 anos era de 18,47 anos para os dois sexos, de 16,64 anos entre os homens e de 19,89 entre as mulheres.

Já no que respeita à menopausa, no chamado “mundo ocidental”, a idade média em que as mulheres atingem esse estado (que é biologicamente natural) é de 51,4 anos, variando entre os 40 e os 58 anos. Em alguns casos ocorre precocemente e noutros é mais tardia, por volta dos 60 anos de idade, considerando-se patológica a situação em que ocorre antes dos 40 anos. Estima-se que a idade média da menopausa espontânea na população portuguesa ronde os 48 anos.

Apesar de a esperança média de vida ter vindo a aumentar, a idade da menopausa tem-se mantido constante.

Este último facto é muito significativo porque dele resulta que, sendo a infertilidade uma doença do casal, à luz do estatuído no n.º 2 do art.º 4º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, não são elegíveis para a aplicação das técnicas de PMA os casais em que a mulher atingiu a menopausa na idade habitual, do que decorre que só em casos excecionais existirá uma diferença de idades superior a 50 anos entre o membro feminino do casal e a criança ao nascer; ou seja, essa diferença inferior a 50 anos existirá, pelo menos, entre este e um dos membros do casal (v. redação dada pelo



Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de maio, ao n.º 4 do atrás citado do art.º 1979º do Código Civil), o que torna aceitável a fixação do limite que aqui se discute nos 60 anos de idade.

Cumpr, ainda assim, ponderar se, à luz dos dados estatísticos supra enunciados, particularmente os relativos à esperança média de vida dos homens aos 65 anos, e sendo a maioridade atingida aos 18 anos (art.º 122º do Código Civil), não será excessivo estabelecer os 60 anos como limite de idade do membro masculino do casal elegível para a aplicação das técnicas de PMA.

Este argumento é defensável mas não pode ser admitido porque, como já antes se enunciou, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (art.º 10º n.º 3 do Código Civil).

E o Legislador é muito claro e inequívoco quando estabelece, em mais do que um dos normativos que constituem o Código Civil, os 60 anos como idade máxima para que alguém possa adotar uma criança, sendo, inegavelmente, esse o espírito do sistema legislativo português.

6. *E, tudo ponderado, o CNPMA determina, com a força que decorre do estatuído na alínea b) do n.º 2 do art.º 30º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que só são elegíveis para as técnicas de PMA os casais em que, no momento da concretização da técnica, o elemento masculino tenha uma idade que não ultrapasse os 60 anos (59 anos e 365 dias - ou 366 se os 60 anos forem completados em ano bissexto).».*

B. Com a entrada em vigor da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, o CNPMA, em 8 de julho de 2016, procedeu à revogação dessa sua Deliberação, porquanto, com esse diploma passou a ser legalmente admissível a formação, desde o início, em plena paridade e total equiparação jurídicas com todas as demais maneiras de constituir família e, sobretudo, já não concetualmente concebida como consequência de uma perda ou infortúnio considerados indesejável e indesejado, de unidades familiares monoparentais.

Contudo, posteriormente, o Conselho voltou a ponderar a situação e reverteu esse seu pensamento, retomando aquela sua posição inicial expressa na aludida “**Deliberação n.º 3-II**”, alicerçando tudo isso nos seguintes fundamentos:

- a) em primeiro lugar, a inexistência da figura/arquétipo “pai” (o que não significa necessariamente a inexistência de um **modelo parental masculino**) ocorre igualmente nas unidades familiares formadas por duas mulheres (casais de mulheres) quer antes naquelas em que a filiação era estabelecida, total ou parcialmente, por via da adoção, quer agora em que tal pode acontecer mercê da aplicação de técnicas de PMA, sendo inquestionável que nenhum impedimento legal pode ser aposto a esta solução consagrada no Ordenamento Jurídico nacional;
- b) em termos psicológicos/emocionais, a perceção da realidade circundante - ou seja, do que é a Vida, o Mundo e o(s) Outro(s) - de uma criança que nunca conheceu e experienciou uma vivência com um pai fisicamente presente é completamente distinta daquela outra de uma criança em que esse conhecimento e experiência existiu e foi perdido, em especial se essa perda ocorrer como consequência da morte dessa pessoa física;
- c) a imperiosa necessidade de proteger os superiores interesses das crianças encontra-se ainda mais reforçada desde a aprovação, por unanimidade, pelas Nações Unidas, no dia 20 de novembro de 1989, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, na qual se destaca o artigo 3.º da mesma, uma vez que esta Convenção, muito mais que uma mera Declaração de Princípios, constitui um verdadeiro vínculo jurídico para os Estados que a ela aderiram.

Assim sendo, o estabelecimento desse limite de 60 anos antes fixado continua, em boa verdade, a justificar-se, sendo essa idade determinada por todas as razões expostas na “**Deliberação n.º 3-II**”, ou seja, em consequência de atividade hermenêutica que tem por base a compreensão/extensão lógica da previsão/estatuição do n.º 3 do artigo 1979.º e do n.º 2 do artigo 1992.º do Código Civil, nas versões introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, cotejadas com o texto do n.º 4 do atrás citado artigo 1979.º que vigorava antes da



entrada em vigor desse último Decreto-Lei (normas essas transcritas nessa deliberação **aqui reprimada**, para a qual se remete).

Ou seja, a manutenção dessa idade limite decorre da circunstância de esses textos legais relevantes permanecerem inalterados pese embora, de acordo com um relatório do Instituto Nacional de Estatística datado de 30 de setembro de 2016, a esperança de vida à nascença em Portugal seja agora estimada em 80,41 anos para o total da população, sendo de 77,36 anos para os homens e de 83,23 anos para as mulheres (v. Portal do Instituto Nacional de Estatística, in <https://www.ine.pt>).

C. E, tudo ponderado, o CNPMA, reprimando a Deliberação n.º 3-II, de 19 de julho de 2013, uma vez mais determina, com a força que decorre do estatuído na alínea b) do n.º 2 do art.º 30º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que só são elegíveis para as técnicas de PMA os casais em que, no momento da concretização da técnica, o elemento masculino tenha uma idade que não ultrapasse os 60 anos (ou mais exatamente, 59 anos e 365 dias - ou 366 se os 60 anos forem completados em ano bissexto).

Lisboa, 20 de outubro de 2017

O CNPMA