

PARECER

Análise das propostas de alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida), contidas nos Projetos de Lei n.ºs 6/XIII/1.ª, 29/XIII/1.ª, 36/XIII/1.ª e P.J.L.51/XIII/1.ª - fundamentação das sugestões apresentadas



17 de MARÇO, 2016

III. ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO E INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DAS SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO APRESENTADAS PELO CNPMA

1. Considerando o conjunto de propostas de alteração legislativa supra identificadas, constata-se que a primeira das mesmas respeita ao artigo 2º da Lei, está consubstanciada no **PL n.º 36/XIII/1ª do BE** e tem o seguinte teor:

Artigo 2º

Âmbito

1 - [Anterior corpo do artigo.]

2 - A presente lei aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no artigo 8º.

Esta única proposta de alteração apresentada quanto ao texto do artigo 2º da Lei merece a total concordância do CNPMA uma vez que a *gestação de substituição* não é, em si, uma técnica de PMA mas sim um procedimento em matéria de saúde que implica a aplicação dessas técnicas a uma concreta e bem definida situação de doença, que é a que se encontra expressamente definida no artigo 8º do mesmo diploma legal.

Nestas condições e à partida, não é inadmissível considerar dispensável a alteração dos textos dos **artigos 5º, 15º, 16º, 30º, 34º e 44º n.º 1 b) da Lei**.

Todavia, é útil, *para que não se suscitem dúvidas quanto ao conteúdo do pensamento legislativo, que, desejavelmente, deverá ser sempre totalmente claro e inequívoco*, proceder à introdução de alterações nesses textos legislativos, sendo essa a razão pela qual são apresentadas as sugestões descritas no ponto II deste Parecer que respeitam a tais normativos, e que se traduzem na introdução nos textos desses artigos supra citados da expressão «incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º» ou outras semelhantes, destacando-se aqui, pela sua especial relevância, a menção às gestantes de substituição que é feita nos artigos 16º e 30º n.º 2 p).

Anota-se que a regulação sancionatória prevista para a alínea b) do n.º 1 do artigo 44º da Lei em nada contende com a estabelecida no artigo 39º, uma vez que neste último dispositivo se

pretende punir - e deste modo afirmar o *desvalor ético social* dessa conduta - não a prática, em si, de técnicas de PMA previstas no projetado número 1 do artigo 2º da Lei que se mostrem necessárias para a concretização de um dado procedimento de gestação de substituição, mas sim a celebração de contratos de gestação de substituição cujo concreto clausulado não se enquadre na extensão/compreensão lógica da previsão/estatuição normativa dos números 2 a 5 do artigo 8º.

Com estas alterações agora sugeridas aos textos dos artigos 5º, 15º, 16º, 30º, 34º e 44º da Lei, não apenas a vontade do Legislador se tornará mais clara e inequívoca (logo, insuscetível de ser geradora de dúvidas razoáveis), como será enormemente facilitada a interpretação dessas normas por parte dos seus destinatários finais e se tornará mais fácil a atividade de quem tem de as cumprir e também de quem as tem de fazer cumprir (ou de velar pelo/garantir o seu cumprimento).

2. Passando ao artigo 4º da Lei, verifica-se que são várias as alternativas apresentadas, a saber:

A) No **PL n.º 36/XIII/1ª do BE** propõe-se a revogação integral deste artigo;

B) No **PL n.º 6/XIII/1ª do PS** e no **PL n.º 51/XIII/1ª do PEV** propõe-se o seguinte texto (que é absolutamente igual nos dois Projetos):

Artigo 4º

Recurso à PMA

1 - As técnicas de PMA são um método complementar de procriação.

2 - (Revogado)

C) No **PL n.º 29/XIII/1ª do PAN** propõe-se o seguinte:

Artigo 4º

Recurso à PMA

1 - As técnicas de PMA são um método alternativo de procriação.

2 - (Revogado)

A proposta do BE é, sem dúvida, aquela da qual não resultam quaisquer constrangimentos ou limites para as modificações que possam ocorrer na perceção que a Comunidade tem acerca das questões éticas e das funções/objetivos sociais inerentes à PMA - ou seja, à evolução das mentalidades no seio da Sociedade -, ou mais exatamente, aquela que permite que essa evolução ocorra sem necessidade de proceder a novas alterações do texto legal.

Contudo, porque é não só inevitável mas, ao invés, é realmente muito benéfico atender sempre às circunstâncias e condições específicas do *tempo histórico* em que a Lei está a ser elaborada (aí se incluindo, entre outros fatores, as distintas mentalidades e os vários costumes, rotinas e/ou tão só simples hábitos que coexistem no seio da formação social destinatária das normas reguladoras em causa), aos problemas cuja resolução/eliminação se busca alcançar e aos efeitos que podem ser previstos, a curto e médio prazo, entende o CNPMA que será útil clarificar qual o objetivo que o Legislador, no presente momento, visa atingir com esta regulação tão inovatória face ao que antes se previa (atualmente as técnicas de PMA são um *método subsidiário, e não alternativo*, de procriação).

E, por essa razão, será útil optar por uma ou por outra das posições assumidas (que são realmente *adversativas* entre si - como ambas o são relativamente à definição consagrada na versão inicial da Lei, atualmente ainda em vigor), assumindo este Conselho que é preferível a consagração prevista nas propostas do PS e do PEV, ou seja, a que afirma que *as técnicas de PMA são um método complementar de procriação*.

De facto, se as técnicas de PMA se tornassem um método alternativo de procriação surgiriam necessariamente dúvidas não facilmente resolúveis quanto à licitude da recusa do acesso a essas técnicas por parte de um casal heterossexual não infértil e que não se encontre nas situações previstas na parte final do atual n.º 2 do artigo 4º, que a tal se pretenda candidatar.

Porém, uma outra razão bem mais importante, aconselha que a reformulação do artigo 4º não assuma uma tão grande amplitude; de facto, entende o CNPMA que é necessária e, no mínimo, prudente, nomeadamente para evitar situações de dúvida totalmente indesejáveis, a manutenção da parte final do número 2 do artigo.

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

Acresce que essas finalidades merecem não apenas continuar a ser devidamente destacadas como é imperioso que o sejam porque a distinção entre a *PMA fundamentada na doença* e aquela que se destina a dar satisfação a anseios particulares socialmente legítimos e merecedores da tutela do Direito (*PMA não fundamentada na doença*), constitui uma realidade sociológica

insuscetível de, como sói dizer-se, ser eliminada por decreto, sendo ética e socialmente justificável que a Comunidade tenha para as duas respostas distintas.

Porque, de facto, não pode ser tratado como igual aquilo que, pela sua própria natureza, é diferente.

E, em boa verdade, a PMA merece que a definição do seu âmbito de aplicação seja feita também de modo positivo e não apenas por negação como tendencialmente decorre do estatuído no artigo 7º, cuja epígrafe é “Finalidades proibidas”.

E assim se justifica a sugestão do Conselho para o texto do artigo em análise apresentada no ponto II. deste Parecer.

3. Contudo, esta alteração impõe, de modo absolutamente incontornável, a introdução de uma modificação no número 2 do artigo 24º no qual é feita uma expressa referência à “situação clínica do casal”.

Todavia, para o CNPMA, pelas razões já apontadas, apenas a menção ao casal deve ser eliminada, ou melhor, substituída, devendo manter-se a referência à situação clínica (exatamente para que, sem margem para qualquer dúvida, seja certo e inequívoco que todas as situações em que se justifica a aplicação das técnicas - e em particular quando está em causa o tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras - têm cobertura legal).

Daí a sugestão relativa ao artigo 24º da Lei que consta do referido ponto II.

De igual modo, o novo texto do artigo 4º torna necessário que se pondere se se justifica ou não a manutenção da atual alínea a) do número 1 do artigo 44º da Lei.

Sem dúvida que, caso se opte pela formulação sugerida pelo PAN, a eliminação dessa alínea torna-se indiscutível pois, insiste-se, o acesso às técnicas de PMA tornar-se-ia irrestrito e estas poderiam, repete-se, ser usadas por um casal heterossexual não infértil que, por um qualquer motivo, fútil ou não, não queira - não quisesse - procriar através de cópula vaginal.

Já se essas técnicas forem, como propõem o PS e o PEV (com a concordância deste Conselho), um método tão só complementar de procriação, então a manutenção do texto dessa alínea será um sinal claro de que em situações como a agora indicada ou outras semelhantes continuará a ser proibido o acesso às técnicas de PMA.

Daí que se proponha que essa alínea a) do número 1 do artigo 44º não seja eliminada.

4. No que tange ao artigo 6º da Lei, são estas as alternativas propostas (que implicam, todas elas, a revogação do atual número 1 e a transformação do número dois no corpo único do artigo):

A) No **PL n.º 6/XIII/1ª do PS**:

Artigo 6º

Beneficiários

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.

B) No **PL n.º 29/XIII/1ª do PAN**:

Artigo 6º

Beneficiários

Qualquer pessoa, maior de idade, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica pode livremente recorrer a técnicas de PMA, desde que o faça de forma esclarecida e conscientemente consinta no recurso às mesmas.

C) No **PL n.º 36/XIII/1ª do BE**:

Artigo 6º

Beneficiários

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.

D) No **PL n.º 51/XIII/1ª do PEV**:

Artigo 6º

Beneficiários

Podem ser beneficiários das técnicas de PMA as pessoas que tenham, pelo menos, 18 anos de idade que manifestem consentimento de forma esclarecida e que não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica.

A propósito desta matéria, considera o CNPMA ser relevante assinalar o carácter eminentemente político da alteração de paradigma consubstanciado na nova formulação do

normativo, reconhecendo, como é evidente e como não podia, de forma alguma, deixar de o fazer, a total competência e legitimidade da Assembleia da República para legislar nesse sentido.

Na verdade, não podendo ser ignorado que o alargamento agora proposto do paradigma fundador da aplicação das técnicas de PMA dá corpo a uma ponderação de valores éticos que, de certa forma, são conflituais entre si e consubstancia a prevalência de uns sobre outros, a filosofia política em que assenta e da qual emerge o conceito de Estado de Direito, que é a forma de organização institucional que a República Portuguesa assume, justifica, de modo indiscutível e incontornável, porque é na Assembleia da República que se encontra concentrada, na sua completa diversidade, a totalidade da representatividade da vontade popular institucional e juridicamente operante, que a maioria dos Deputados possa, exercendo livre e plenamente, o mandato que lhes foi conferido pelo Povo, assim o definir e determinar.

5. Mas e sem prejuízo dessa legitimidade agora apontada, um outro fator de incontornável importância justifica esta alteração do paradigma de aplicação das técnicas de PMA.

De facto, resulta inequivocamente das disposições conjugadas dos atuais artigos 2º a), 5º n.º 1 e 34º da Lei que aqueles - mais exatamente aquelas, pois são mulheres as que praticam tais atos - que realizam inseminações artificiais fora de centros de PMA devidamente autorizados estão a cometer um crime que é punível com pena de prisão até 3 anos.

O que significa que são perfeitamente válidos para este caso - aliás, *são-no por maioria de razão porque aqui se cuida de potencializar a possibilidade de vir a concretizar-se o nascimento de um novo ser humano* - os argumentos usados para justificar a despenalização, em certas circunstâncias, da IVG, o principal dos quais é este: *tem a Comunidade o direito a considerar que estas mulheres e aqueles/aquelas que as auxiliam são criminosos?*

Claro que existe uma solução alternativa, a saber: deixar de considerar a inseminação artificial como uma das técnicas de PMA.

Desse modo, automaticamente, essa conduta (cujo número é, em termos oficiais, completamente desconhecido – e não apenas para este Conselho, acrescenta-se) deixaria de constituir crime.

Uma tal proposta - **que, esclareça-se desde já, merece o mais completo repúdio por parte do CNPMA e que, de acordo com a interpretação deste Conselho, não é igualmente permitida face às exigências impostas pela Lei n.º 12/2009, de 26 de março, e pelas Diretivas através dela transpostas** - tem acolhimento, por exemplo, no “Revised glossary of ART

terminology” e 2009 do “Comité Internacional para a Monitorização da Tecnologia da Reprodução Assistida” (ICMART – International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology) da Organização Mundial de Saúde, de que se junta cópia que segue em anexo a este Parecer, e no qual se pode ler que *“ART does not include assisted insemination (artificial insemination) using sperm from either a woman’s partner or a sperm donor”* («Não é considerada PMA a inseminação artificial quer seja usado o esperma do parceiro da mulher quer o de dador»).

Efetivamente, esta consumação de uma técnica de PMA fora dos centros autorizados, para além de impedir totalmente o cumprimento das exigências de rastreabilidade estabelecidas na Lei n.º 12/2009, de 26 de março (e nas Diretivas Comunitárias que através desse diploma foram transpostas), comporta riscos para a saúde e boa formação do feto e para a saúde da mulher - logo, riscos de saúde pública - que este Conselho entende serem eticamente inaceitáveis e socialmente perigosas.

Na verdade, comprar esperma via “internet” mesmo que os fornecedores sejam centros realmente autorizados nos seus respetivos países de origem, não garante de forma alguma a qualidade e a segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e até da distribuição desse material biológico até ao momento em que chega à posse da mulher que com ele se vai auto inseminar (ou ser inseminada por outrem).

E o envio até entre centros autorizados (a única situação que o CNPMA pode controlar por lhe competir autorizar ou indeferir os pedidos de importação e de exportação de células reprodutivas) de sémen impróprio não constitui mero caso de escola ou ocorrência hipotética usada apenas para efeito de raciocínio ou de teste à eficácia do funcionamento dos mecanismos de detecção de “incidentes adversos”.

Não, tal constitui um realidade, ainda que, felizmente, isolada - mas basta a ocorrência de um caso para que, dada a sua intrínseca gravidade, haja que dela retirar todas as consequências.

E uma delas - pelo menos, isso é muito claro para este Conselho - é, seguramente, a de manter a inseminação artificial (com o uso de esperma do parceiro da mulher ou de dador) no elenco das técnicas de PMA inscritas na Lei.

E outras consequências foram igualmente retiradas desses factos mas delas não cuida este “Parecer”.

Ainda assim, considera o CNPMA importante chamar a atenção para o facto de ser sociologicamente perigoso, por criminógeno, figurar na letra de uma qualquer lei que determinada conduta aí tipificada consubstancia a prática de um crime e deixar que esse comportamento considerado ilícito seja impunemente praticado.

6. O que antes se afirma tem em perfeita conta - até porque isso constitui uma verdade indiscutível - que as alterações propostas (e que, ao contrário do que poderá pensar-se, dada a sua abrangência resultante da eliminação do critério da pré-existência de um diagnóstico de infertilidade como condição de acesso às técnicas de PMA, não se circunscreverão às mulheres sem parceiro ou aos casais de lésbicas) colocam problemas à Comunidade e ao Estado, especialmente no que tange ao Serviço Nacional de Saúde.

E por todos é sabido que o Serviço Nacional de Saúde já não consegue responder com a presteza desejável (e desejada) às necessidades dos beneficiários que, de acordo com a legislação atualmente em vigor, podem aceder a essas técnicas.

Será, portanto, necessário, nestas como em todas as outras situações em que há que gerir recursos finitos - *e os recursos sociais disponíveis são sempre finitos, independentemente de estarem na posse de entidades privadas ou sob gestão pública* - encontrar soluções, para que os direitos dos novos beneficiários não influenciem negativamente os direitos dos beneficiários anteriormente definidos com base no paradigma da doença infertilidade.

Em suma, o CNPMA considera ser essencial manter no texto da Lei o reconhecimento de que existe uma diferença entre a PMA baseada na doença (incluindo a infertilidade) e a destinada a suprir outro tipo de interesses merecedores da tutela do Direito.

7. Últimas considerações.

A proposta do PAN, substituindo a expressão “*com, pelo menos, 18 anos de idade*” por “*maior de idade*”, poderia, à primeira vista, parecer preferível pois configura uma precaução para que eventuais alterações na idade em que legalmente se atinge a maioridade não forcem a modificação deste texto normativa da Lei.

E não é ilógico supor que a formulação ainda em vigor deste artigo da Lei tenha sido motivada pelo texto do artigo 130º do Código Civil no qual se define, de modo indireto, o conceito de maioridade.

Acontece, porém, que nunca será demais acentuar quão nefastas e indesejáveis são as gravidezes na adolescência dadas as suas consequências para as raparigas gestantes e para as crianças que possam nascer fruto dessas gestações (factos que, crê-se, por tão conhecidos tornam desnecessária a repetição da sua descrição).

Daí que, na opinião do CNPMA, seja preferível manter a forma proposta pelos demais partidos (“*com, pelo menos, 18 anos de idade*”) e que a mesma se mantenha válida e vinculativa ainda que, num hipotético (e porventura indesejável) futuro, venha a ser aprovada uma diminuição da idade em que as pessoas singulares atingem a maioridade.

Outrossim e a concluir, esta alteração impõe, por razões de preservação da coerência lógica interna do diploma, a sugerida modificação do texto do artigo 35º da Lei.

8. Por referência ao artigo 7º da Lei, apenas uma proposta é formulada (a que consta do **PL n.º 36/XIII/1ª do BE**) e que corresponde *expressis verbis* a uma que foi já antes apresentada por este Conselho:

Artigo 7º

Finalidades proibidas

1 - [...].

2 - [...].

3 - Excetuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

4 - [...].

5 - [...].

E, então como hoje, a justificação para a eliminação no texto da expressão “*diagnóstico pré-natal ou*” é esta: há doenças ligadas ao cromossoma X para as quais não é possível o diagnóstico pré-implantação pelo estudo do gene mas, sendo possível o diagnóstico pré-natal, isso poderá significar a interrupção de uma gravidez após as 10 semanas de gestação, situação que pode ser evitada pela transferência de embriões exclusivamente do sexo feminino (seleccionados por via do DGPI), o que atualmente não é permitido face à adversativa («ou») constante do texto legal.

Ora, crê-se ser inegável que, sob o ponto de vista ético e em termos legais, é a todos os títulos preferível evitar a transmissão de uma tal doença genética por via de seleção de embriões em vez de o fazer através da concretização de uma interrupção de gravidez.

9. Quanto ao artigo 8º da Lei, volta a ser uma única a proposta de alteração apresentada (novamente através da **PL n.º 36/XIII/1ª do BE**) e, uma vez mais, em grande consonância com anteriores sugestões feitas pelo CNPMA:

Artigo 8º

Gestação de substituição

1 - Entende-se por «gestação de substituição» 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.

2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários.

4 - Após audição da Ordem dos Médicos, a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece da autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que apenas a pode conceder em situações clínicas justificadas e supervisiona todo o processo.

5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento médico efetivamente prestado e desde que devidamente tituladas em documento próprio.

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

7 - No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, são aplicáveis à gestação de substituição, com as devidas adaptações, as normas dos artigos 12.º, 13.º e 14.º da presente lei.

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

9 - No caso previsto no número anterior, a gestante de substituição é, para todos os efeitos legais, a mãe da criança que vier a nascer.

E o mesmo acontece com o artigo 39º que, por razões de ordem lógica e ontológica e para evitar indesejáveis discrepâncias, deve ser analisado em conjunto com aquele outro já transcrito, sendo que o texto proposto pelo BE é o seguinte:

Artigo 39º

Gestação de substituição

1 - Quem concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos nºs 2 a 5 do artigo 8º, é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

3 - Salvo nos casos previstos nos n.ºs 2 a 5 do artigo 8º, quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a gestação de substituição, a título gratuito ou oneroso, é punido com prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

4 – A tentativa é punível

Quando apresentou, pela primeira vez a sugestão de alteração do texto do artigo 8º da Lei (e apenas deste e mantendo até a designação de “maternidade de substituição” que agora se afigura ser ontológica e terminologicamente incorreta já que a maternidade é um laço acima de tudo emocional, psicológico e até social que transcende a realidade genética e biológica), o CNPMA justificou essa proposta nestes singelos termos:

“As alterações agora propostas visam apenas contribuir para a resolução de problemas concretos que hoje se colocam aos casais e que resultam em limitações de acesso às técnicas de PMA.

Não se afigura justo nem eticamente fundamentado, sendo antes injusto e desproporcionado, barrar a possibilidade de ter filhos a pessoas impossibilitadas de procriar em situações medicamente verificadas e justificadas, quando as mesmas em nada contribuíram para a situação em que se encontram.”.

Esse continua a ser o entendimento deste Conselho.

Não obstante, outros argumentos e princípio podem e devem ser esgrimidos para sustentar a validade ética e a justeza social dos benefícios resultantes deste procedimento nas únicas e bem delimitadas situações fácticas definidas no número 2 do artigo 8º da proposta do BE (e só essas estão aqui em causa e não outras).

O primeiro desses princípios é o que assenta no valor ético mas também social que pode ser enunciado nos seguintes termos: *a Comunidade e o Estado só podem intervir na esfera privada dos indivíduos se existir um forte fundamento ético (ou ético-social) que o justifique* - conceito

cujas origens remontam, entre outras fontes, à *exigência de uma autonomia radical dos indivíduos* contida na filosofia (ou filosofia política, se assim se preferir) de John Locke e que pode igualmente ser transmitido através do verso de uma canção popular (“Aquele abraço”) do cantautor baiano Gilberto Gil “*Quem sabe de mim sou eu*” ou pela referência, que em termos formais apenas se encontra expressamente vertida na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, escrita, no essencial, por Thomas Jefferson, ao *direito inalienável de todos e de cada um dos seres humanos à busca da sua felicidade pessoal (right to the pursuit of happiness)*.

Não se questiona que, em certos casos, a Comunidade, nomeadamente usando os vários instrumentos do Estado, a começar pelos dotados de capacidade coerciva, pode impedir ou tão só criar obstáculos ao exercício da vontade livre e esclarecida dos seus membros, mas é igualmente lícito perguntar até que ponto pode fazê-lo, especialmente se essa vontade não é imposta aos que não querem assumir essas convicções, os correspondentes atos e as suas naturais consequências e, acima de tudo, quando desses comportamentos não resultam danos (de qualquer natureza que não apenas os materiais) para os envolvidos ou para terceiros (“*do no harm*”).

Claro que, no que agora se aprecia, estão em disputa valores fundamentais estruturantes na hierarquia dos valores que dão consistência ao tecido social comunitário, só que o menor dos quais não é, seguramente, esse anseio tão fortemente humano que é o *desejo de parentalidade*.

Ora, nestas situações de colisão de valores, para além de eticamente aceitável, é razoável e proporcionado, apelar para as regras definidas no artigo 335º do Código Civil que são válidas não apenas para os direitos mas igualmente para os interesses mercedores da proteção do Direito.

E essas regras são: *se os valores são iguais ou da mesma espécie, devem os mesmos ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer deles e se forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior*.

E que valores éticos *superiores* aos antes invocados poderão realmente ser-lhes opostos?

10. Claro que no seio da Comunidade existem *temores* que, obviamente, não poderão ser descartados como inconsequentes; contudo, de acordo com o entendimento deste Conselho os mesmos não têm, no que é essencial, a importância que lhes é dada pelos setores da Sociedade que os sustentam.

E, sempre salvo melhor opinião (mas esta é a deste Conselho), de modo algum, podem esses temores constituir um obstáculo ao anseio tão fortemente humano que é o *desejo de parentalidade* (que aqui é, ao mesmo tempo, o de maternidade e de paternidade - facto que vincadamente se sublinha) e, uma vez mais, o direito à busca da sua felicidade pessoal que não causa prejuízo ou mal (“*do no harm*”) a outrem.

Nem sequer à criança ou crianças nascidas com a utilização deste procedimento porquanto o mesmo é antecedido - tem de ser e é isso que no texto legislativo proposto se afirma muito perentoriamente que o será - de um acompanhamento sistemático até ao final da gravidez por parte da Entidade Reguladora para o setor, que colherá sempre o prévio aconselhamento da Ordem dos Médicos, por forma a garantir que todos os intervenientes nesse acordo de vontades estão a atuar tendo por base um projeto parental claramente definido, que o fazem de forma livre, voluntária e esclarecida, até do ponto de vista legal, e que estão devidamente conscientes das consequências dos seus atos (as previsíveis e as que o nunca o serão) e psicológica e emocionalmente preparados para as suportar.

O que vale tanto para a gestante de substituição como para o casal beneficiário.

Aliás, é importante sublinhar que a esmagadora maioria das mulheres, muitas a muito pouco tempo do parto se ter concretizado, que dão o seu consentimento para que os seus filhos (que são filhos biológicos, fruto do seu material genético, o que não acontece com a gestante de substituição que nunca poderá ser a dadora de qualquer ovócito usado para a criação do embrião que irá ser transferido para o seu útero) sejam dados para adoção, não beneficia, durante a gravidez ou no final da gestação, de qualquer acompanhamento psicológico que a ajude na tomada de uma tão relevante e dolorosa decisão.

Só que aqui, logo à partida a gestante de substituição (e o casal beneficiário), para usar uma expressão popular, *sabem ao que vão*, sendo relevante, a todos os títulos, que a gestante de substituição seja já 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.

Claro que devem ser criadas todas as condições para que tal realmente aconteça e, ao mesmo tempo, para que os arrependimentos - isto é, a ocorrência de incumprimentos do contrato - sejam tendencialmente inexistentes (essa uma das razões que justificam a exigência expressa no texto do n.º 4 do artigo 8º sugerido por este Conselho no ponto II. deste Parecer).

E essa preocupação tem de estar vertida e consagrada na letra da Lei, sendo essa a justificação para um conjunto de sugestões que neste Parecer se apresentam, incluindo no que concerne ao artigo 39º no qual se considera a necessidade de fazer uma distinção entre os potenciais prevaricadores, como acontece quanto a outros crimes tipificados, entre outros diplomas, no Código Penal, como por exemplo no de corrupção em que a previsão e punição são distintas consoante se trate do corruptor ativo ou passivo – aqui o casal beneficiário ou a gestante de substituição, os primeiros a sancionar mais gravemente do que a segunda pois são aqueles que, para usar o jargão jurídico, têm um maior controle do facto e, na generalidade dos casos, serão sociologicamente mais protegidos que a mulher que generosamente se dispõe a ceder o seu útero para suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Mas, repete-se, esses cuidados podem e devem ser manifestados no próprio texto do artigo 8º e é também essa a intenção deste Parecer.

Finalmente, há que manifestar de modo inequívoco o forte desvalor ético social que tem de ser associado àqueles que pretendem auferir ganhos materiais com a celebração de contratos de gestação de substituição, intenção que pode ser traduzida através do aumento da medida da pena a aplicar a esses comportamentos.

Mas porque será eventualmente difícil apurar, em termos práticos, se esses ganhos foram ou não percebidos, deverá continuar a perseguir-se e punir-se a promoção desse tipo de contratos fora das situações legalmente admitidas, sejam a título gratuito ou título oneroso.

E, em última análise, muito do que se escreveu no ponto 5. deste Parecer é válido para estes casos já que o desejo de parentalidade pode ser tão forte - e normalmente é-o - que os casais em que a parceira feminina se encontra numa qualquer das situações descritas no número 2 do artigo 8º da Lei acabam por deslocar-se a países em que esses procedimentos de gestação de substituição são considerados legais ou tão só tolerados, sujeitando-se a um conjunto de transtornos e até de perigos - que não são apenas para a saúde da mulher - perfeitamente evitáveis e injustificados e com total postergação do *superior interesse das crianças* que nascem em consequência desses procedimentos.

E, em síntese, são estes os fundamentos para as sugestões do CNPMA apresentadas quanto aos textos desses aludidos artigos 8º e 39º.

11. Seguem-se os artigos 10º e 14º da Lei em que também só o **PL n.º 36/XIII/1ª do BE**, novamente em alinhamento com anteriores sugestões feitas pelo CNPMA, formula propostas de alteração e que, porque assim é e com todo o devido respeito, para não tornar tão extenso este documento, aqui não se transcrevem.

E, porque o mesmo acontece quanto aos artigos 25º e 31º e ao aditamento referenciado, e bem, como artigo 32º-A do diploma em referência, serão as propostas relativas a esses cinco normativos analisadas conjuntamente neste ponto do presente Parecer – novamente sem os transcrever salvo no que respeita a este último porque no mesmo se sugere a eliminação da referência à alínea m) porquanto neste momento os relatórios dos centros de PMA são materialmente feitos através dos registos realizados no sistema informático do Conselho, daí resultando que não exista formalmente um “*modelo dos relatórios anuais de atividade dos centros de PMA*” a publicar em Diário da República.

Todavia, crê-se não ser necessária a reformulação das alíneas m) e n) do n.º 2 do artigo 30º da Lei porque, de certa forma, as instruções de preenchimento do sistema de registo criado pelo CNPMA acabam por consubstanciar, em termos materiais, esse “modelo” de relatório.

Artigo 32º-A

Publicidade dos atos

São publicados na 2ª série do Diário da República os atos de conteúdo genérico do CNPMA, designadamente as deliberações e documentos referidos nas alíneas b), f), g), h) e m) do n.º 2 do artigo 30º, bem como o regulamento interno previsto no n.º 2 do artigo 32º.

Retomando a análise dos artigos em referência, dada a situação de correspondência supra descrita, naturalmente, o CNPMA concorda com essas propostas apresentadas pelo BE, apresentando, porém, sugestões a vários destes artigos, a maior parte delas de carácter marcadamente formal, sendo que aquela que a que corresponde ao número 8 do artigo 25.º, assenta no princípio da liberdade contratual das pessoas que é um dos pilares da vida em sociedade nas Comunidades que se organizam segundo o modelo do Estado de Direito.

Essa aqui sugestão foi consagrada na Deliberação n.º 9/II, de 18 de dezembro de 2015, do CNPMA, cuja cópia foi já enviada em anexo à primeira parte deste Parecer.

De igual modo, considera-se ser adequado e útil inserir na Lei um artigo específico (25.º-A) suprimindo a atual omissão de regulação quanto ao destino dos gâmetas e do tecido germinativo,

matéria que presentemente é regida nos termos do artigo 10º do Código Civil, ou seja, usando, em analogia, o que está disposto quanto aos embriões.

E, claro, as justificações são as já apresentadas em anteriores documentos elaborados por este Conselho, a que se somam os incluídos na supra aludida Deliberação n.º 09/II, isto é, respetivamente:

a) A expressão *“a ovócitos, espermatozóides ou embriões doados por terceiros”* substitui as palavras *“à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões”*, visando-se com essa alteração clarificar que estas dádivas são de terceiros porquanto a Lei n.º 12/2009, de 26 de março, e as Diretivas Europeias transpostas através dessa Lei (Diretivas 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, 2006/17/CE da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE da Comissão, de 24 de Outubro), introduziram o conceito de *“dádiva entre parceiros”*.

b) A expressão *“ou gravidez sem doença genética grave”* constitui um aditamento que se entende necessário para evitar as consequências físicas e psicológicas das interrupções de gravidez decorrentes da formulação de diagnóstico de doenças graves, de transmissão genética, só identificáveis no decurso da gravidez, muito frequentemente após as 10 semanas.

c) Com o aditamento da expressão *“e nos termos definidos em documento aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida”* e a substituição das palavras *“de todos os (benefícios)”* por *“dos (benefícios)”* pretende-se obstar à possibilidade de, eventualmente, poder vir a ser posta em causa nos Tribunais a conformidade do texto dos vários documentos de *“consentimento informado”* elaborados pelo CNPMA com o que atualmente se encontra estatuído no n.º 2 do artigo 14º da Lei.

Na verdade, sem pretender discutir como será possível a profissionais de saúde informar os beneficiários das técnicas de PMA de todas as implicações jurídicas da utilização dessas técnicas, e dando de barato que dar conhecimento a esses beneficiários de todas as implicações éticas e sociais do uso das mesmas poderá ser feito após longas conversas, a verdade é que as técnicas de PMA estão, cada vez mais, em constante aperfeiçoamento, tornando inviável qualquer possibilidade de serem dados a conhecer aos beneficiários *todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA*.

O que significa que, com o texto legal atualmente em vigor, estão a ser impostas aos centros de PMA obrigações cujo cumprimento é objetivamente impossível, o que, sob o ponto do

Direito, constitui uma situação ontologicamente inaceitável que, quando se verifica, torna nulos, se não mesmo legalmente inexistentes, os negócios jurídicos afetados por esse vício.

Os textos dos consentimentos informados aprovados pelo CNPMA são suficientemente amplos e esclarecedores, não sendo totalmente exaustivos quanto aos benefícios e riscos inerentes à utilização das técnicas de PMA ou quanto às implicações éticas, sociais e jurídicas que do seu uso decorrem porque, pelas razões antes expostas quanto ao contínuo aperfeiçoamento das mesmas, nunca o poderão ser.

E por isso se aplaude também esta proposta de alteração.

d) O texto atual do artigo 25º é totalmente omissivo quanto ao destino a dar aos embriões excedentários criopreservados não usados pelos beneficiários originais para os quais, mesmo tendo sido consentida a doação, não haja projeto parental nem projeto de investigação científica aprovado.

Ora, dada a relevância ética, social e até económica da questão, ela merece ser solucionada de uma forma que seja não apenas clara e inequívoca, mas também geradora da segurança e tranquilidade que são indispensáveis à prossecução de uma atividade tão sensível e melindrosa como é a de PMA, na qual estão sobretudo em causa pessoas que se encontram numa situação de grande fragilidade emocional e que é tão dolorosa sob o ponto de vista psicológico.

Propõe-se agora que, nestes casos, de modo proporcionado, em circunstâncias concretamente definidas e com a criação de novos prazos certos e claramente fixados, possam, por determinação do diretor do centro, na ausência de declaração de vontade em contrário da pessoa ou pessoas beneficiárias, esses embriões ser descongelados e eliminados, obviando assim ao prolongamento indefinido e injustificado da criopreservação dos mesmos, ou, ao invés, estabelecer esse prolongamento por via da celebração de acordo entre todas as pessoas envolvidas.

Entende-se ser útil, numa lógica, que se afigura essencial e a todos os títulos necessária, de incentivo de uma ética da responsabilidade, preservar a autonomia técnico-científica dos diretores dos centros de PMA, que são sempre - e na opinião deste Conselho deverão continuar a sê-lo - médicos especialistas em ginecologia/obstetrícia, em genética médica, em endocrinologia ou em urologia, reconhecidos pela Ordem dos Médicos e com experiência mínima de três anos na área da PMA, sendo que o CNPMA ao aprovar, de forma vinculativa, o currículo de cada um deles está a responsabilizar-se por essa sua escolha, sempre criteriosa e fundamentada, caucionando antecipadamente e até prova em contrário, a validade ética das escolhas dos mesmos no exercício dessa sua atividade.

Quanto aos novos prazos de criopreservação a fixar é razoável e proporcionado alargar, por um segundo período de três anos, o prazo durante o qual os casais beneficiários poderão dispor dos embriões excedentários que se encontram criopreservados à guarda do centro de PMA no qual estão a receber tratamento, nomeadamente quando, por razões de saúde mas também por outras, não lhes tenha sido possível concretizar transferências no lapso de tempo previsto no número 1 do artigo.

E, *mutatis mutandis*, todas estas últimas considerações, salvo no que respeita aos prazos, são válidas no que tange aos gâmetas e ao tecido germinativo.

12. Restam as propostas respeitantes os artigos 19º, 20º e 22º da Lei.

Uma vez que os dois primeiros desses normativos estão relacionados entre si, serão os mesmos apreciados em conjunto, sendo o último analisado autonomamente.

Deste modo e anotando-se que o CNPMA nunca propôs qualquer alteração quanto a esses dois dispositivos supra referenciados e que o BE não tomou posição quanto aos mesmos, importa, então, começar por elencar as propostas apresentadas pelos partidos proponentes e que quanto a tais artigos são apenas o PS, o PEV e o PAN:

A) No PL n.º 6/XIII/1ª do PS

Artigo 19º

Inseminação com sémen de dador

1. É permitida a inseminação com sémen de um doador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma.
2. [...].

Artigo 20º

Determinação da parentalidade

1. Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato do registo.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento, pode ser exibido nesse mesmo ato, documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º, sendo estabelecido a respetiva parentalidade.

3. Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa inseminada, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

4. O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnada pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa inseminada, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

B) No PL n.º 29/XIII/1ª do PAN

Artigo 19º

Inseminação com sémen de dador

1. É permitida a inseminação com sémen de um doador desde que este esclarecida e conscientemente o consinta, nos termos do art. 14.º, aceitando todas as consequências legais que daí possam advir.

2. [...]

Artigo 20º

Determinação da parentalidade

1. A criança que nascer resultado do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei, é havida como filha da pessoa beneficiária e da pessoa que tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato do registo.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, ocorrendo a situação de no acto de registo não estar presente quem consentiu, para efeitos do referido acto pode ser exibido documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º, sendo estabelecida a respetiva parentalidade.

3. Não haverá lugar a processo oficioso de averiguação da parentalidade no caso de apenas haver consentimento, nos termos do art. 14.º, da pessoa inseminada devendo, neste caso, ser registada a sua parentalidade.

4 - A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos nºs 1 e 2 pode ser impugnada pelo cônjuge ou por aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

C) no PL n.º 51/XIII/1ª do PEV

Artigo 19º

Inseminação com sémen de dador

1. A inseminação com sémen de um doador pode verificar-se quando não possa obter-se a gravidez de outra forma.

2. [...]

Artigo 20º

Determinação da parentalidade

1. Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, previstas na presente lei, vier a resultar o nascimento de um filho, este também é havido como filho de quem, com a pessoa beneficiária, tenha prestado consentimento no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, no caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento, pode ser exibido documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º, sendo estabelecida a respetiva parentalidade.

3. Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa inseminada, nos termos do artigo 14.º, lavra-se o registo de nascimento com a sua parentalidade, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

4. O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa inseminada, caso seja provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para a qual o consentimento foi prestado.

Sempre salvo melhor opinião, entende este Conselho que as propostas apresentadas quanto ao artigo 19º são incompletas e que as respeitantes ao artigo 20º são complementares, sendo que as mesmas, todas elas, podem e devem ser fundidas, solução com a qual se alcançará uma formulação bem mais acertada e adequada até do que a que atualmente vigora.

E, nesse sentido, sugerem-se os textos transcritos no ponto II. do presente Parecer.

13. Passando, finalmente, ao artigo 22º, relativamente ao qual o CNPMA, em várias ocasiões, apresentou uma sugestão de alteração (sempre a mesma), são apresentadas as seguintes propostas por parte de três dos quatro partidos proponentes:

A) No **PL n.º 6/XIII/1ª do PS**:

Artigo 22º

Inseminação *post mortem*

1- Após a morte do dador, não é lícito o recurso à inseminação com sémen do falecido, salvo o disposto no n.º 3.

2- O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação é destruído se o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen, salvo o disposto no n.º 3.

3 - É lícita a inseminação com sémen da pessoa falecida ou a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento, nomeadamente aquele manifestado no documento em que é prestado o consentimento informado, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

B) No PL n.º 29/XIII/1ª do PAN:

Artigo 22º

Inseminação post mortem

1 - Após a morte do dador, não é lícito à beneficiária ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação, salvo o disposto no n.º 3 do presente artigo.

2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação é destruído se o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do dador, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

C) No PL n.º 36/XIII/1ª do BE:

Artigo 22º

Inseminação post mortem

1 - [...].

2 - [...].

3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito e antes do falecimento de um dos progenitores, nomeadamente o manifestado no documento em que é prestado o consentimento informado, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

A proposta apresentada pelo BE quanto à redação do número 3 do artigo em referência corresponde à sugestão feita pelo CNPMA, sendo que a justificação do acrescentamento da expressão “nomeadamente o manifestado no documento em que é prestado o

consentimento informado” sempre foi a seguinte (e que aqui se mantém): a alteração proposta visa tão só clarificar o tipo de documentos que podem ser considerados para definição do projeto parental, facilitando a manifestação de uma vontade já claramente formada antes da ocorrência do óbito e permitindo que seja integralmente respeitada não apenas a vontade de alguém que já esteve vivo e cujas intenções, aspirações e desejos legítimos não podem ser depreciados ou pura e simplesmente descartados apenas porque já morreu, mas da própria pessoa em si, do ser humano único e irrepetível que se manifesta através dessa declaração de vontade, tão válida e relevante - ou porventura ainda mais - como uma habitual deixa testamentária de bens ou um testamento vital.

E essa é a única proposta que merece a concordância do CNPMA, já que as demais introduzem modificações cujos benefícios sociais são muito duvidosos, como o é a sua valoração ética, e que, na opinião do Conselho, a existirem, não compensam, de modo algum, as perturbações que delas inevitavelmente decorrerão.

Quanto aos demais números, justifica-se a alteração do número 2 uma vez que, em conformidade com deliberações já aprovadas por este Conselho, a recolha de sémen com o objetivo de preservar o potencial reprodutivo do ser humano masculino já hoje pode realmente ser concretizada em pessoa não casada ou não vivente em união de facto.

E, desta forma, clarifica-se, de modo inequívoco, qual o destino a dar ao sémen preservado sempre que ocorra a morte daquele de quem foi recolhido.

Sugere-se, contudo, que a formulação desse número 2 seja a seguinte:

2 - O sémen que, visando salvaguardar o potencial reprodutivo do dador, seja recolhido para fins de inseminação é destruído se o mesmo vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

Já quanto ao número 1, qualquer um dos textos propostos é idóneo para criar confusão entre as ditas dádivas intraconjugais e as provindas de dadores terceiros, as quais são obrigatoriamente dádivas anónimas e devem poder ser utilizadas mesmo que ocorra o falecimento do dador, que, recorda-se, presta o seu consentimento informado no momento da recolha do sémen.

E, por essa razão, sugere-se que não se proceda a qualquer alteração ao texto do número 1 do artigo 22º da Lei, que, na opinião do CNPMA deverá passar a ter a redação escrita no ponto II. deste Parecer.

E assim se conclui a apreciação dos Projetos de Lei identificados na Introdução do presente Parecer.

Lisboa, 17 de março de 2016