

PARECER

SOBRE OS PROJETOS DE LEI n.º 247/XIV/1.ª do PAN e n.º 71/XIV/1.ª do BE SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO



18 de OUTUBRO, 2020

CNPMA | Assembleia da República | Palácio de São Bento | 1249-068 LISBOA
| Tel. (+351) 213919303 | E-mail: cnpma.correio@ar.parlamento.pt |
| www.cnpma.org.pt |

PARECER SOBRE OS PROJETOS DE LEI n.º 247/XIV/1.ª do PAN e n.º 71/XIV/1.ª do BE SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O Acórdão n.º 225/2018, 24 de abril de 2018 proferido pelo Tribunal Constitucional veio alterar profundamente o paradigma da gestação de substituição no nosso País, nomeadamente nas matérias da revogabilidade do consentimento da gestante, da nulidade do negócio jurídico e da determinabilidade quanto ao contrato de gestação de substituição.

Com efeito, de acordo com aquele aresto, não só deverá garantir-se à gestante o direito de vir a revogar o seu consentimento até ao momento de registo da criança nascida do processo de gestação de substituição (e, dessa forma, exercer de forma plena a maternidade do nascituro), como foi também declarada inconstitucional a norma que consagrava o anonimato dos dadores. Estas alterações vieram trazer uma mudança quanto ao enquadramento legal da PMA em Portugal, o que motivou um conjunto de iniciativas legislativas por parte das diversas forças políticas representadas na Assembleia da República.

Fruto de um aturado trabalho realizado pelos diversos grupos parlamentares, foi alcançado um texto de substituição que condensou os diversos projetos e que mereceu consenso parlamentar. Infelizmente, do diploma não foi expurgada aquela que tinha sido a principal inconstitucionalidade apontada pelo Tribunal Constitucional, ou seja a possibilidade de revogação do consentimento da gestante até à entrega da criança nascida aos beneficiários, por falta de acordo quanto a esta cláusula.

Em consequência, o Sr. Presidente da República formulou um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas constantes no artigo 2.º do Decreto.

A 18 de setembro de 2019 o Tribunal Constitucional voltou a declarar a inconstitucionalidade daquelas normas 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.

Por solicitação da Comissão Parlamentar de Saúde e porque a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, atribuiu ao CNPMA competências para pronúncia sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA, não pode este Conselho Nacional deixar de fazer uma apreciação sobre os dois projetos em análise (PJL 247/XIV/1.ª do PAN e 71/XIV/1.ª do BE) e fazer algumas breves sugestões no sentido de contribuir ativamente para o debate e discussão sobre este tema, para a melhoria do

enquadramento normativo da PMA em geral e da gestação de substituição em particular e para a eficácia e aplicabilidade da lei.

O presente documento pretende assim, mais do que propor a redação de normas jurídicas *perfeitas* do ponto de vista legístico ou discorrer abundantemente sobre o seu elemento teleológico, chamar sobretudo a atenção para algumas preocupações que este Conselho Nacional identifica e propor ideias para a introdução de cláusulas de salvaguarda na lei de forma a preservar o espírito que deve estar subjacente à gestação de substituição (nomeadamente a excecionalidade e gratuidade do negócio), acautelando os direitos de beneficiários, gestante e criança que vier a nascer.

[nota: as normas a seguir assinaladas surgirão destacadas a itálico e negrito e constituem naturalmente meras sugestões de redação]

Se por um lado o PAN optou por introduzir apenas 3 alterações muito concretas, duas em resposta direta ao Acórdão do Tribunal Constitucional e uma alteração ao artigo 13.º da lei com a epígrafe “deveres dos beneficiários”, o BE foi muito mais longe alterando várias normas do anterior diploma objeto de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

PJL 247/XIV/1.ª do PAN

Quanto à iniciativa legislativa do PAN, as alterações introduzidas no n.º 8 do artigo 8 e no n.º 5 do artigo 14.º, em tudo idênticas à proposta do BE, resultam da imposição do Tribunal Constitucional, pelo que nada nos oferece acrescentar. Quanto à proposta de aditamento do n.º 3 ao artigo 13.º consagrando a necessidade de ser assegurado o acompanhamento da gestante durante o período de gestação pelos beneficiários, de forma a garantir o desenvolvimento de vínculo afetivo desde o início e o acompanhamento de fases importantes do processo de gestação, merece o nosso acolhimento. Deixamos apenas a sugestão de incluir essa norma no artigo 12.º “Direitos dos beneficiários”, porque mais do que um dever, parece-nos ser um direito dos beneficiários.

PJL 71/XIV/1.ª do BE

Quanto à iniciativa legislativa do BE, reiteramos o entendimento já expresso em anterior parecer relativamente à condição da gestante. Entendeu o partido proponente consagrar uma preferência e não uma obrigatoriedade da mulher candidata a gestante já ter sido mãe. A proposta que apresentámos então, tinha como finalidade contribuir para minorar a possibilidade de se confundir o processo de gestação de substituição com o projeto de realização de parentalidade da gestante,

bem como prevenir e evitar o incumprimento do contrato por força do impacto que a gestação poderá ter na gestante não só a nível físico, psicológico como também emocional.

Ainda que a gestante possa legalmente revogar o seu consentimento, esta deverá ser uma situação excecional, porquanto desprotege os beneficiários nomeadamente no que diz respeito à frustração das suas legítimas expectativas. Assim, a norma a introduzir deveria ser mais restritiva estabelecendo uma condição de acesso para a gestante de substituição, nos seguintes termos:

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.

No que concerne à relação da gestante com os beneficiários, o CNPMA já manifestou em anterior parecer a sua preocupação, tendo considerado que a lei deverá ter uma palavra ativa sobre este aspeto, e impor condições – laços familiares ou de proximidade afetiva – de forma a minimizar o risco de incumprimento do contrato de gestação de substituição. Este entendimento mereceu acolhimento no anterior decreto, porém desapareceu da proposta do BE.

Mantemos a posição então manifestada, na convicção de que será a melhor forma de prevenir eventual conflitualidade, bem como minimizar as probabilidades de arrependimento. Esta convicção alicerça-se sobretudo na experiência que o CNPMA adquiriu com a gestão dos processos entrados no Conselho durante a fase em que a gestação de substituição vigorou em Portugal. Sugerimos a seguinte previsão legal:

Apenas pode ser gestante de substituição a mulher que preencha um dos seguintes requisitos:
a) Ser parente em linha reta até ao 2º grau ou até ao 4º grau na linha colateral, afim até ao 2.º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários;
b) Se, não tendo qualquer laço familiar, puder comprovar documentalmente proximidade afetiva com pelo menos um dos beneficiários.

Chamamos a atenção para a al. b) do n.º 6 do artigo 8.º que padece de um lapso, devendo ser revista, porquanto faz duas referências (no início e no fim da norma) à aceitação pelos beneficiários e pela gestante das condições do contrato.

Chamamos também a atenção para a inexistência de qualquer norma revogatória em relação aos pontos 11 e 12 do artigo 8.º da atual lei.

Igualmente chamamos a atenção para a inexistência de qualquer referência ao artigo 39.º da presente lei, que terá necessariamente que ser revisto por força da renumeração do artigo 8.º da lei.

Também em anterior parecer fizemos menção expressa ao âmbito de aplicação pessoal do diploma. A gestação de substituição em Portugal não deve ser utilizada como um veículo para o chamado turismo reprodutivo, e deve ser evitado que estrangeiros (sem residência permanente) possam utilizar o ordenamento jurídico do nosso País como uma forma de evitar a proibição legal a que poderão estar adstritos por via do seu estatuto pessoal.

Em consequência, propõe-se uma norma legal nos seguintes termos, à semelhança do que já acontece por exemplo com a norma constante da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, relativa à colheita e transplante de órgãos:

A presente lei aplica-se a cidadãos nacionais e a apátridas e estrangeiros com residência permanente em Portugal há pelo menos 2 anos.

Para finalizar, a gestação de substituição em Portugal tal como foi gizada pelo legislador, reforça substancialmente as competências do CNPMA, acarretando diversas obrigações e responsabilidades que acrescerão a todas as obrigações e responsabilidades agora existentes. Já anteriormente manifestámos junto da Comissão Parlamentar de Saúde a total incapacidade do CNPMA assegurar o cumprimento da lei com a estrutura orgânica atual e com a desadequação do seu estatuto às suas competências e responsabilidades.

O período de tempo em que a gestação de substituição foi uma realidade em Portugal, exigiu uma total disponibilidade do CNPMA para a gestão dos processos entrados revelando a sua total inadequação orgânica e estatutária para este nível de compromisso e disponibilidade. Na ausência de solução imediata, o CNPMA tentou minimizar o problema nomeando de entre os seus membros um relator dos processos de gestação de substituição e acautelando que esse relator tivesse disponibilidade para o trabalho no CNPMA, através da redução do volume de trabalho na sua atividade profissional, o que foi autorizado.

Neste momento, não é possível lançar mão desta solução, que na altura foi apenas uma solução de recurso e emergência que remediou temporariamente o problema.

Se a Assembleia da República entende reforçar substancialmente as competências do CNPMA, terá de garantir que este Conselho dispõe dos meios necessários e indispensáveis para o regular cumprimento da lei.

Como possível solução provisória, até à aprovação de um novo estatuto e de uma nova estrutura orgânica para o CNPMA, afirmamos que é absolutamente imprescindível criar a figura do relator dos processos de gestão de substituição, a designar pelo CNPMA de entre os seus membros, cuja função pela sua exigência de responsabilidade e disponibilidade terá de ser remunerada.

18 de outubro, 2020