



Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal: em especial, a gestação de substituição

Juliana Dias¹

RESUMO: desde cedo que a intervenção legislativa nesta matéria se revelou crucial, visto ser uma área com um progresso inigualável. Defendiam, contudo, alguns autores que o legislador não deveria intervir, tendo em conta que se tratava de um ramo pouco explorado, acrescentando que o Direito não deveria interferir na ciência. Todavia, a posição dominante parecia ser mais propícia à intervenção legislativa (1). Do ponto de vista comunitário havia já uma preocupação pela regulamentação destas matérias, sendo que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa elaborou a Recomendação nº 1046 sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, de 1986 que impulsionou os Estados-membros a legislarem acerca da mesma, sendo exemplo disso a Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 (Espanha) (2). Apesar da lei que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (doravante, PMA) apenas ter surgido em 2006, o artigo 67º, nº 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa (CRP) já impunha ao Estado “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Pela leitura da norma excluimos, desde logo, as técnicas de PMA que lesem a dignidade da pessoa humana. Surge, todavia, a questão de saber se os custos das técnicas em causa deverão ser suportados – ainda que parcialmente – pelo Estado. É evidente que a alínea e) apenas se refere à regulamentação da procriação assistida, contudo podemos pensar em situações em que ter filhos só é viável através das técnicas de PMA (3), já que nestes casos pode surgir um conflito com o Direito, Liberdade e Garantia, plasmado no artigo 36º, número 1, 1ª parte da CRP, nomeadamente o direito de constituir família. A Lei nº 32/2006, de 26 de julho, comumente designada como a Lei da Procriação Medicamente Assistida, já sofreu quatro alterações: a primeira foi pela Lei nº 59/2007, de 04 de setembro, de seguida foi a Lei nº 17/2016, de 20 de junho, voltou a ser alvo de intervenção legislativa a 22 de agosto, pela Lei nº 25/2016 e por último – embora que muito recente – a Lei nº 58/2017, de 25 de julho. Ainda este ano, foi publicado o Decreto Regulamentar 6/2017, de 31 de julho que vem especificar normas contidas na Lei 32/2006, de 26 de julho. Afinal, é perceptível que se trata de uma matéria volátil.

Palavras-chave: Procriação Medicamente Assistida; gestação de substituição; Genética; Filiação.

Breves considerações acerca da Lei 32/2006, de 26 de julho

O artigo 1º estabelece que esta lei regula as técnicas de procriação medicamente assistida, sendo que no artigo 2º estão plasmadas as técnicas admitidas (2): “a)

¹ Universidade de Coimbra. E-mail: julianalmeidadias@hotmail.com



Inseminação artificial; b) Fertilização in vitro; c) Injeção intracitoplasmática de espermatozoides; d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; e) Diagnóstico genético pré-implantação; f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias” (4). A lei nº 25/2016, de 22 de agosto aditou o nº2 deste artigo passando a admitir os contratos de gestação de substituição.

O artigo 3º da Lei 32/2006, de 26 de julho determina que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas e acrescenta ainda no nº2 deste mesmo artigo que é proibida a discriminação com base no património genético ou ainda pelo facto do nascimento ter resultado de alguma técnica. O princípio da dignidade da pessoa humana está plasmado no artigo 1º da CRP, que constitui – juntamente com a vontade popular – a base da República. A dignidade humana apresenta-se como um princípio limite, mas também tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos (3). O nº 2 deste artigo proíbe a discriminação dos casos em que o nascimento se verificou por conta de técnicas de PMA, sendo este um dos argumentos dos autores que se insurgiam contra a regulação das mesmas. Todavia, era um argumento que não procedia visto que, apenas seriam criadas normas com algumas diferenças relativamente aquelas que existiam no Direito da Filiação, dado que as particularidades assim o impunham. Não significa que esta diferença assente em discriminação propriamente dita (1).

O artigo 4º deste diploma, no número 1, salienta o carácter subsidiário – e não alternativo – das técnicas em questão. O número 2 apresenta os requisitos para a sua utilização: diagnóstico de infertilidade, ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Neste último caso, o legislador quis evitar o fenómeno do “bebé medicamento”, como por exemplo, nos casos em que o pai é portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). O número 3 foi aditado pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho, que determina que as técnicas previstas neste diploma podem ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade. Está em causa a liberdade e autonomia da mulher que deseja ser mãe. Este alargamento vai provocar um aumento do recurso às técnicas de PMA, o que nos leva a questionar se o Estado não deveria estabelecer prioridades no que toca ao acesso às mesmas, principalmente nos casos de recursos limitados (5). De acordo com o Parecer 90/CNECV/2016, parece ser de entender que em casos-limite de recursos



limitados, deve prevalecer a aplicação das técnicas de PMA como tratamento de infertilidade.

Os beneficiários

Nos termos do artigo 6º, em Portugal, podem recorrer às técnicas previstas nesta lei os casais de sexo diferente ou casais de mulheres – quer estejam casados/as ou vivam em condições análogas às dos cônjuges –, mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Para além disso, o beneficiário deve ter, no mínimo 18 anos de idade e não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. Este artigo suscita muitas dúvidas, que o legislador não procurou resolver.

Em primeiro lugar, na versão originária da Lei da PMA era exigido que os casais vivessem em união de facto há pelo menos dois anos, tal como determina a Lei 7/2001, de 11 de maio – Lei da União de Facto –, cujo artigo 1º, número 2, consagra que a união de facto é a “relação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”, tendo a Lei nº 17/2016, de 20 de junho, eliminado esse requisito uma vez que, se tal continuasse, a mulher iria recorrer igualmente a estas técnicas, mas de forma independente.

A norma acrescenta ainda que podem ser beneficiárias as “mulheres independentemente do estado civil”. Podemos pensar nas situações em que o marido não quer ser pai e, sem que haja consentimento da sua parte, a mulher recorra a uma das técnicas de PMA. A presunção pater is est não se aplica, desde logo pelo artigo 20º da Lei 32/2006, que determina o homem que não deu o consentimento não verá a paternidade estabelecida a seu favor (se for, o número 4 deste artigo dita que pode o homem impugná-la) (6). Não obstante, será aceitável um dos membros do casal cuidar de uma criança que não desejou e cuja opinião não foi levada em consideração? Deveria o legislador ter tentado harmonizar a liberdade e autonomia da mulher, no âmbito da procriação independente, com o direito de constituir – ou não querer constituir – família? Conforme o disposto no artigo 36º, número 3 da CRP este iguala os cônjuges quanto aos direitos e deveres – o artigo 1671º, número 1 do Código Civil (C.C.) tem uma redação idêntica – sendo que, o nº2 do artigo 1671º estipula que os cônjuges devem acordar sobre a orientação da vida em comum, considerando o bem da família e os interesses um do outro. Para além disto, o artigo 1883º do C.C. refere que nenhum membro do casal pode 1027



introduzir na casa de ambos um filho concebido na constância do casamento, que não seja filho do outro, sem o seu consentimento. Destarte, considero que seria preferível uma maior cautela por parte do legislador dada a fragilidade da matéria.

Outro requisito é o de que o beneficiário tem de ser maior de dezoito anos, contudo no ordenamento jurídico português, o menor pode ser emancipado pelo casamento (artigo 132º do C.C.), o que lhe confere plena capacidade de exercício de direitos e o habilita a reger a sua pessoa e bens. Podemos pressupor que a vontade do legislador é a de que, embora o menor seja emancipado e tenha plena capacidade de exercício de direitos, tem como restrição o acesso às técnicas de PMA. O artigo 129º do C.C. determina que a incapacidade dos menores cessa por duas vias, a da maioridade ou da emancipação, todavia a parte final desta norma prevê que possam existir exceções previstas na lei, o que me leva a afirmar que uma dessas exceções são as técnicas de PMA.

Certo é que a norma estipula um limite mínimo de idade para os beneficiários das técnicas de PMA, mas não um limite máximo. O Tribunal Constitucional abordou – entre outras – esta problemática no Acórdão nº 101/

2009, cujo relator foi Carlos Fernandes Cadilha. Embora a norma o não declare expressamente, as técnicas de PMA “só poderão ser utilizadas quando tenha sido efetuado um prévio diagnóstico de infertilidade, o que tem pressuposta a ideia de que a mulher beneficiária se encontra em idade em que normalmente poderia procriar se não existisse um fator inibitório de natureza clínica que tenha afetado um dos membros do casal”.

A gestação de substituição

A gestação de substituição está plasmada no artigo 8º da Lei 32/2006, de 26 de julho, fruto da terceira alteração feita a esta, pela Lei 25/2016, de 22 de agosto. Devemos ainda conciliar a Lei da PMA com o Decreto Regulamentar 6/2017, de 31 de julho. O número 1 define o que é a gestação de substituição: é a situação pela qual uma mulher suporta uma gravidez por conta de outrem, comprometendo-se a entregar a criança após o parto e a renunciar aos deveres da maternidade. O legislador preferiu a expressão “gestação de substituição” em detrimento de “maternidade de substituição” tendo em conta que a gestação de substituição vem contrariar um princípio base do Direito da Filiação, designadamente o princípio *mater semper certa est*. Resulta deste princípio que a



maternidade – assim como os deveres desta – deriva, pura e simplesmente, do nascimento do filho (7), contudo nas situações de gestação de substituição, a maternidade advém de um contrato entre o casal de beneficiários e a gestante, sendo que esta última apenas participa nesta relação de forma a gerar uma criança, não se vinculando juridicamente, para efeitos de constituição da maternidade. O contrato de gestação de substituição “não perturba só a determinação da maternidade – cria dificuldades acerca de todo o estabelecimento da filiação” (8).

É necessário perceber – pela leitura do artigo 39º da Lei 32/2006 – que a gestação de substituição não deixou de ser punível em Portugal, todavia é admissível a título excecional e mediante a observação de pressupostos muitos estritos (9). Estes pressupostos estão consagrados no número 2. A gestação de substituição deve ser entendida como um método excecional, devendo conter natureza gratuita (apesar de que, o valor das despesas de saúde, assim como do transporte, deve ser pago, desde que tituladas em documento próprio, como dita o número 5 deste artigo, assim como a alínea k), do número 3, do artigo 3º do Decreto Regulamentar) e apenas se verifica nos casos de “ausência de útero, lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, sendo que neste último caso a esclerose múltipla pode ser um exemplo. O Direito Português apenas admite a substituição altruística, pois o pagamento de uma vida iria “contra os mais básicos princípios da nossa civilização” (10). Para além destes pressupostos, o número 3 indica que se deve recorrer aos gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários e, em caso algum, pode a gestante ser a dadora de qualquer ovócito que será usado no procedimento em que é parte.

A norma esclarece que a criança que nasce através da gestação de substituição é tida como filha dos beneficiários (artigo 8º, número 7), não obstante, sabemos que podem emergir conflitos que o legislador não logrou resolver. Pensemos no caso em que os beneficiários morrem; em que a gestante cria ligação com a criança e não quer devolvê-la; a gestante arrepende-se e quer interromper a gravidez – o artigo 142º do Código Penal Português representa uma causa de justificação específica, ou seja, os casos em que a interrupção da gravidez não é punível –, sendo o contrário também possível, em que os beneficiários se arrependem e já não querem dar seguimento ao contrato; quando o feto revela malformações, poderão os beneficiários exigir que a gestante interrompa a gravidez, tendo em conta que, segundo o artigo 140º, número 1 do Código Penal “quem, por



qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de dois a oito anos”?

Vejamos a situação do Reino Unido (11). Primeiramente, está em causa um acordo que não vincula as partes, logo não podem as partes exigir judicialmente o cumprimento do clausulado. A gestação de substituição não revoga o princípio *mater semper certa est*, visto que a maternidade é constituída a favor de quem deu à luz, ou seja, da gestante. Os beneficiários devem, entre as seis semanas e os seis meses após o nascimento, propor uma ação no tribunal, a “*paternal order*”, para que este estabeleça a filiação a seu favor, o que não será possível se a gestante se opuser. Os autores da ação devem ter, pelo menos, dezoito anos na data da propositura da ação, devem ser casados ou devem viver em união de facto (quer sejam do mesmo sexo, quer de sexo diferente), um deles deve ter doado os gâmetas e devem residir na Grã-Bretanha, nas Ilhas do Canal ou na Ilha de Man. A meu ver, não é a solução mais idónea, no entanto as partes já estão cientes dos riscos que correm, na medida em que são, *ab initio*, esclarecidas para o efeito.

O número 10 do artigo 8º estipula que no contrato devem as partes chegar a acordo quanto aos casos em que possam surgir malformações ou doenças fetais ou até quanto a uma possível interrupção voluntária da gravidez, sendo que este contrato será autorizado pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida. Esta autorização deve ser “antecedida de audição da Ordem dos Médicos” (artigo 8º, número 4). Penso que este parecer irá incidir, essencialmente, sobre a situação clínica da beneficiária, isto é, se preenche os requisitos plasmados no nº2, 2ª parte. O legislador foi mais além, exigindo ainda uma declaração emitida por um psiquiatra favorável à celebração deste tipo de contrato, quer relativa aos beneficiários, quer à gestante (9), como revela o artigo 2º, número 2, alínea d) do Decreto Regulamentar 6/2017, de 31 de julho.

Quanto à validade e eficácia do consentimento dos intervenientes, o número 8 remete para o artigo 14º desta lei, tornando desnecessária a norma consagrada no número 5 do artigo 14º, que alarga a aplicação deste artigo às situações previstas no artigo 8º. Desta forma, o consentimento deve ser “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o responsável médico” (número 1), sendo que devem ser devidamente informados acerca dos riscos e dos benefícios da utilização das técnicas de PMA (número 2 e ainda, artigo 3º, número 3, alínea e) do Decreto Regulamentar).



O contrato-tipo deve regular os direitos da gestante, como por exemplo, a escolha do obstetra, tipo de parto, local onde este terá lugar (artigo 3º, número 3, alínea b) do Decreto Regulamentar supramencionado), porém deveria regular também uma eventual compensação nos casos de obrigatoriedade de repouso (10). Todavia, o artigo 2º, número 2 do Decreto Regulamentar admite que as partes, por acordo, incluam mais cláusulas no contrato.

Em jeito de conclusão, saliento o empenho do legislador em colmatar algumas das imprecisões de que a Lei 32/2006, de 26 de julho padecia. Creio, apesar disso, que no âmbito das técnicas de PMA – em especial, da gestação de substituição – ainda há um longo caminho a percorrer, tendo sempre como “bússola” os princípios que norteiam o Direito da Filiação, em particular, o supremo interesse da criança.

Referências

1. Guilherme de Oliveira, «Legislar sobre Procriação Assistida», in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999.
2. Paula Martinha da Silva e Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora.
3. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007.
4. Alberto Barros, “Procriação medicamente assistida”, in *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coordenação de João Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa, Volume IV, Almedina, Coimbra, 2016.
5. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer 90/CNECV/2016, disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
6. Vera Lúcia Raposo, “Anatomia da responsabilidade (A responsabilidade do médico, da clínica e do dador no contexto da PMA)”, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos*, Coordenação de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha, Volume II, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014.
7. Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, 1ª Edição, Almedina, 1979.
8. Guilherme de Oliveira, “O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas”, in *Temas do Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999.
9. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer 92/CNECV/2017, disponível em <http://www.cnecv.pt/>.
10. Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005.



11. Silvia Vilar González, Gestación por Substitución en España, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017.