

A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética.

Medically Assisted Reproduction in Portuguese Law: Bioethical Reflection.

João Proença Xavier¹

Filomena Girão²

Marta Frias Borges³

Universidade de Coimbra

Universidade Católica Portuguesa

SUMARIO: I – A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. II – O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional. A. O anonimato dos dadores (doantes) de gâmetas e da gestante de substituição. B. Consequências da invalidade do negócio jurídico. C. Revogação do consentimento da gestante. D. Determinabilidade do regime legal que regula o negócio jurídico de gestação de substituição. Referências Bibliográficas.

Resumo: A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto veio alterar a Lei de Procriação Medicamente Assistida e consagrou no ordenamento jurídico português a gestação de substituição. Ora, em resposta a alguns desafios suscitados por esta lei, pronunciou-se recentemente o Tribunal Constitucional Português, proferindo o Acórdão n.º 225/2018. Quanto à determinabilidade do regime legal que regula aquele negócio jurídico, concluiu o Tribunal Constitucional que, perante a restrição de direitos, liberdades e garantias da gestante, o legislador não pode demitir-se da sua função e remeter o “controlo” do negócio jurídico para uma entidade administrativa. Quanto à revogação do consentimento da gestante, entendeu o Tribunal, perante a existência de um conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante, deverá a solução do diferendo guiar-se pelo interesse superior da criança. Quanto às consequências da invalidade do negócio jurídico, o Tribunal Constitucional considerou que o estabelecimento indiferenciado dos efeitos jurídicos da nulidade desconsidera o superior interesse da

¹ Pósdoctoral Research Scientist - Bolseiro de Mérito da Fundación General da Universidade de Salamanca / CEB - Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Professor Doutorado pela Universidade de Salamanca. Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. **Instituições:** UNIVERSIDADE DE SALAMANCA - Espanha - joao.proenca.xavier@usal.es - Investigador FCT Integrado no **CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX** – UNIVERSIDADE DE COIMBRA – Portugal - Jurisconsulto em parceria com **FAF Sociedade de Advogados, SP, RL**. Membro Fundador do OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; AVOGADO EUROPEU com Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha. Membro da SPMR - Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução.

² Advogada – Sócia da FAF - Sociedade de Advogados, SP,RL, Co-Fundadora e Membro da Direcção da ALDIS – Associação Lusófona do Direito da Saúde, Membro da WAML – World Association for Medical Law, Membro da APASD- Associação para a Segurança dos Doentes, Doutoranda no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa. filomena.girao@faf-advogados.com

³ Advogada da FAF - Sociedade de Advogados, SP, RL., Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutoranda em Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa. marta.frias.borges@faf-advogados.com

criança. Finalmente, quanto ao anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição, o Tribunal deu clara prevalência ao direito da criança ao conhecimento das origens genéticas e à historicidade pessoal em relação ao direito dos beneficiários e dos dadores ao anonimato.

Palavras-Chave: Procriação medicamente assistida; Interesse superior da criança; Anonimato; Direito ao conhecimento das origens genéticas; Tecnologia aplicada à saúde; Bioética.

Abstract: The Law n.º 25/2016, from the 22nd of August, changed the Law of Medically Assisted Reproduction (Law n.º 32/2006, from the 26th of July), established on the Portuguese legal order regarding surrogacy. So, in response to some of the challenges this law has aroused, the Constitutional Court recently pronounced, uttering the ruling n.º 225/2018. In regards to the determinability of the legal regime that regulates such juridical business, the Constitutional Court concluded that, towards the restriction of rights, freedoms and guarantees of the surrogate, the legislator cannot resign from his function and refer the "control" of the juridical business to an administrative entity. In regards to the revocation of the surrogate's consent, the Court understood, towards the existence of a conflict between the parental project of the beneficiaries and the parental project of the surrogate, the solution of the dispute should pursue the best interest of the child. In regards to the consequences of invalidity of the juridical business, the Constitutional Court considered the undifferentiated establishment of juridical effects of nullity disregards the superior interest of the child. Finally, regarding the anonymity of gametes donors and surrogates, the Court gave clear prevalence to the child's right to know his/hers genetic origins and personal historicity in relation to the right of beneficiaries and surrogate to anonymity.

Key Words: Medically Assisted Reproduction. Child Superior interest; Anonymity; Right to know the genetic origin; Health applied Technology; Bioethics.

I – A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que alterou a Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), veio consagrar no ordenamento jurídico português a gestação de substituição, permitindo que um casal (designado como beneficiário) em que a mulher, por razões clínicas comprovadas, esteja impedida de forma absoluta e definitiva de engravidar, possa celebrar negócio jurídico de gestação de substituição.

Este negócio jurídico de gestação de substituição seria então celebrado com uma terceira mulher ("gestante"), que se dispõe a suportar uma gravidez por conta desse casal ("beneficiário") e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Como se compreende, a consagração legal da gestação de substituição suscita importantes questões éticas, que exigem a conciliação entre o "desejo de ter um filho", os direitos da criança que virá a nascer fruto deste negócio jurídico e a dignidade da mulher que se disponibiliza a suportar a gestação e abdicar dessa maternidade.

Ora, não obstante, o presente diploma legislativo limite o acesso a esta técnica a razões clínicas inultrapassáveis e procure, de certa forma, salvaguardar a eventual vulnerabilidade económica e diferencial da gestante⁴ – nomeadamente

⁴ Na distinção efetuada por KENNETH KIPNIS, que conceitualiza seis tipos de vulnerabilidade (cognitiva, jurídica, deferencial, médica, alocaional e infraestrutural). Cfr. KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission,

consagrando a gratuidade do negócio, a proibição da sua realização em situações de dependência económica e a proibição de a gestante ser dadora de qualquer ovócito – o certo é que deixa ainda brechas legislativas capazes de comprometer os direitos, liberdades e garantias tanto da gestante como da criança que venha a nascer.

Com efeito, a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, sobrevaloriza, amiúde, os direitos do casal beneficiário relativamente aos direitos da criança que virá a nascer, quando os interesses desta “vida nova” deveriam estar no centro da discussão e da tutela – o que sucede, a título de exemplo, no que concerne ao anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante.

Por outro lado, embora estabeleça no artigo 8.º, n.º 11 que *“o contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”*, o diploma não consagra os critérios orientadores do que seja a restrição ilegítima dos “direitos, liberdades e dignidade” da gestante, deixando um vazio legal que não permite assegurar o fundamental: a não instrumentalização da mulher.

Assim, os desafios éticos e jurídicos suscitados pela “gestação de substituição”, “maternidade de substituição” ou “barrigas de aluguer” não terminaram com a sua consagração legal, mas antes se intensificaram e ganharam maior importância com ela. Estes desafios pautam-se pela diversidade e pela importância, porém, seguindo CARLOS COSTA GOMES, sintetizamo-los nos seguintes: *“a mulher grávida e a importância da gestação; o já referido interesse superior da vida por nascer; quem é a mãe na gestação de substituição; a seleção da mulher que vai gerar o filho e o seu caráter solidário desinteressado e gratuito; a relação social da portadora da vida por nascer com os beneficiários; a possibilidade de restrições durante a gestação imposta pelos beneficiários; o comportamento diário e o direito à autonomia, liberdade e autodeterminação; o anonimato. Terá direito, a vida por nascer, aceder ao modo com foi gerada?; a não instrumentalização da vida humana e a mulher como produtora comercial de seres humanos; os eventuais problemas que surjam durante a gravidez: malformação e deficiência. Pode-se obrigar o casal beneficiário a aceitar a criança? Pode-se obrigar a gestante a ficar com ela?; O que fazer se a grávida depois de gerar a criança não a queira entregar depois do nascimento? (o direito inglês reconhece a mãe gestante como mãe legal); A dignidade da mulher, na sua função materna, é reduzida a um serviço fisiológico – e instrumentalizada à maneira de uma prestação de serviço”*⁵.

Ora, em resposta a alguns destes desafios, pronunciou-se recentemente o Tribunal Constitucional Português, na sequência de um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade formulado por um décimo dos deputados à Assembleia da República, proferindo o Acórdão n.º 225/2018, que analisaremos nas linhas seguintes.

II – O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional apreciou um pedido de fiscalização abstrata sucessiva relativamente à constitucionalidade de algumas normas da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto⁶. Ao longo da referida decisão judicial, este Douto

2001, p. 4, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.

⁵ CARLOS COSTA GOMES, *Comentário aos projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&Inline=true>.

⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

Tribunal deteve o passo sobre alguns aspetos relativos ao negócio jurídico de maternidade de substituição, de que destacamos: (a) determinabilidade do regime legal que regula aquele negócio jurídico; (b) revogação do consentimento da gestante; (c) consequências da invalidade do negócio jurídico; (d) o anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição.

(a) Determinabilidade do regime legal que regula o negócio jurídico de gestação de substituição.

Como *supra* referimos, prescreve o n.º 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida) que *“O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”*.

Por seu turno, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, veio estabelecer que o contrato-tipo de gestação de substituição seria aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)⁷. Todavia, ao abrigo da autonomia contratual, as partes poderão, por acordo, aditar cláusulas àquele contrato, o que suscita logo questões relativamente à salvaguarda da dignidade da gestante a este propósito.

Neste sentido, pronuncia -se VERA LÚCIA RAPOSO, para quem importa ponderar se o direito dos contratos deve ser aplicado, sem mais, ao contrato de gestação de substituição, em que deve prevalecer sobretudo o interesse da criança a nascer⁸. Tanto mais perante a desnivelada posição contratual por parte da gestante de substituição, atendendo ao *“seu (suposto) menor poder de negociação contratual e o facto de em regra ter uma situação económica mais precária do que os pais contratantes”*⁹.

De facto, o legislador pretendeu de modo simplista regular o contrato de gestação de substituição, introduzindo apenas, sem concretizar, a proibição de normas que atentem contra os direitos liberdade e dignidade da gestante, remetendo, no mais, para o regime geral dos contratos e da liberdade contratual.

Ora, a este propósito, foi o Tribunal Constitucional chamado a pronunciar-se, tendo concluído pela inconstitucionalidade do n.º 11 do artigo 8.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida. Perante a restrição de direitos, liberdades e garantias da gestante, entendeu este Douto Tribunal que o legislador não pode demitir-se da sua função e remeter o *“controlo”* do negócio jurídico para uma entidade administrativa (CNPMA), desde logo por se tratar de matéria sujeita a reserva relativa de lei, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da Constituição da República Portuguesa.

Somos da opinião de que se impunha, de facto, uma maior conformação do conteúdo das cláusulas, por forma a salvaguardar a dignidade humana da gestante, evitando que, nas palavras do Tribunal Constitucional, *“a meio do processo, se converta em mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários”*.

(b) Revogação do consentimento da gestante.

Em matéria de gestação de substituição, o legislador limitou-se a remeter a matéria do consentimento para a disposição aplicada às restantes técnicas de procriação medicamente assistida. Assim, nesta matéria, por remissão do artigo 8.º, n.º 8, é aplicável o disposto no artigo 14.º, n.º 4, segundo o qual *“O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”*, disposição aplicável também à gestante de substituição por força do n.º 5.

⁷ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf.

⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *“A parte gestante está proibida de pintar as unhas”*: direito contratual e contratos de gestação, in «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», p. 170, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.

⁹ *Idem*, p. 172.

A gestante apenas pode, portanto, revogar o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos, isto é, contraposição entre os interesses dos beneficiários e da gestante, o legislador atribuiu primazia àqueles em detrimento desta, impedindo-a de exercer a sua autonomia revogando o consentimento após o início dos processos terapêuticos e desconsiderando o vínculo bioquímico e afetivo que se desenvolve entre esta e o feto durante a gestação¹⁰.

Ficava, assim, completamente arredada a atualidade do consentimento, necessária para o que o mesmo seja considerado uma verdadeira manifestação de autonomia. Pelo contrário, à gestante é imposto que renuncie à maternidade antes do nascimento da criança, sendo que após o nascimento desta, e na situação concreta, ver-lhe-á vedada a possibilidade de decidir em prol de um projeto paternal próprio, como refere o Tribunal Constitucional.

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de tal norma, considerando que a mesma poderia levar à instrumentalização da gestante, restringindo “o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição) ”.

Assim, para este Douto Tribunal, perante a existência de um conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante, deverá a solução do diferendo guiar-se pelo interesse superior da criança.

(c) Consequências da invalidade do negócio jurídico.

O artigo 8.º, n.º 12 da Lei de Procriação Medicamente Assistida consagra que “são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores”. Portanto, como se compreende, sempre que o contrato de gestação de substituição viole os pressupostos estabelecidos por lei (por ex., sendo oneroso, ou não tendo os beneficiários qualquer razão clínica impeditiva da gestação) será nulo.

Pois bem, de acordo com o artigo 289.º do Código Civil, a nulidade tem efeito retroativo, implicando a restituição de tudo o que tiver sido prestado. Portanto, perante a nulidade do negócio jurídico de gestação de substituição, o consentimento (prévio) prestado perderia a sua eficácia, aplicando-se a regra geral do ordenamento jurídico português, segundo a qual a maternidade resulta do nascimento.

Em sentido contrário, e a este propósito, convém também lembrar como, incompreensivelmente, o projeto de Decreto Regulamentar da presente lei consagrava como efeito da declaração de nulidade do negócio jurídico de gestação o seguinte: “em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários”.

Assim, não sem espanto, este projeto preconizava que o efeito de um negócio jurídico nulo fosse exatamente o mesmo que o negócio jurídico válido, devendo a criança ser considerada filha dos beneficiários, numa lógica de benefício ao infrator¹¹.

O certo é que afastada esta norma incompreensível do ponto de vista jurídico e ético, que levaria à instrumentalização da gestante, na medida em que a

¹⁰ De facto, como refere o Tribunal Constitucional “a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião e, inversamente, o embrião-feto altera a grávida para sempre; e é durante a gestação que se estabelece uma vinculação afetiva entre o nascituro e a grávida”.

¹¹ Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Filhos de pai anónimo no século XXI!* In «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», p. 45 e 46, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>, bem como o Parecer n.º 92/CNECV/2017 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf.

violação das normas de proteção teria o efeito desejado, nem por isso permanece, para o Tribunal Constitucional, pacificada a solução de invalidade do negócio.

Com efeito, considera este Douto Tribunal, que o facto de a nulidade poder ser invocada por todos, a todo o tempo, pode colocar em causa a estabilidade da relação de filiação. Por outro lado, não pode ignorar-se que o estabelecimento da filiação relativamente à gestante poderá não corresponder ao melhor interesse da criança, quando aquela não tenha desenvolvido um vínculo afetivo com esta criança.

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional considerou que o estabelecimento indiferenciado dos efeitos jurídicos da nulidade desconsidera o superior interesse da criança, não respeitando o dever do Estado de proteção na infância (artigo 69.º, n.º 1 da Constituição), pelo que declarou a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 12 da Lei de Procriação Medicamente Assistida.

De facto, se não faz sentido a atribuição de validade a um negócio jurídico nulo, o regime geral da nulidade poderá não realizar adequadamente o interesse daquela concreta criança, cuja vulnerabilidade deverá ser considerada, ponderando o seu superior interesse.

(d) O anonimato dos dadores (doantes) de gâmetas e da gestante de substituição.

O artigo 15.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa estabelece que “Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”.

Não obstante esta obrigação de sigilo não seja absoluta, uma vez que o n.º 4 daquela disposição prescreve que “sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”, o certo é que o acesso a tais informações se encontra bastante dificultado. Aliás, o próprio conhecimento de que a criança teve origem com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida ou maternidade de substituição depende de revelação feita pelos próprios beneficiários e titulares dos interesses opostos.

Resulta, pois, que na contraposição entre, por um lado, o conjunto de interesses dos beneficiários à tranquilidade e paz da família e dos dadores de gâmetas ou gestante de substituição ao anonimato e, por outro, o direito da criança ao conhecimento das origens genéticas e à historicidade pessoal, o legislador deu clara prevalência àqueles.

Pois bem, tendo em conta a importância do direito ao conhecimento das origens genéticas para o livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do artigo 15.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida. Todavia, e por forma a não suprimir totalmente os direitos dos beneficiários e dos dadores, este Tribunal Constitucional sugere a consagração da regra inversa, ou seja, a possibilidade de reconhecimento do anonimato perante a invocação de razões ponderosas pelos dadores ou beneficiários.

Em boa hora, veio o Tribunal Constitucional redirecionar a Lei da Procriação Medicamente Assistida para aquele que deve ser o seu interesse prioritário: o superior interesse da criança nascida ou por nascer...

Referências Bibliográficas:

PEREIRA, André Dias, *Filhos de pai anónimo no século XXI!* in «DEBATENDO A PROcriação Medicamente Assistida», disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.

- GOMES, Carlos Costa, *Comentário aos projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&Inline=true>.
- KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission, 2001, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.
- PROENÇA XAVIER, João, “Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006”, Universidad de Salamanca, 2016.
- RAPOSO, Vera Lúcia, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação, in «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.