



Conselho
Nacional de
Ética para as
Ciências da Vida

115/CNECV/2022

PARECER SOBRE SOBRE O ANTEPROJETO
DE DIPLOMA REGULAMENTAR DA
LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO EM MATÉRIA DE
GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Maio de 2022



PARECER 115/CNECV/2022 SOBRE O ANTEPROJETO DE DIPLOMA REGULAMENTAR DA LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO, EM MATÉRIA DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO¹

NOTA PRÉVIA: o Parecer é antecedido por um Relatório da responsabilidade dos seus autores. Como tal, não é votado pelo plenário do CNECV.

I. ENQUADRAMENTO

1. A presente análise foi suscitada por um pedido da Comissão de Regulamentação² da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, dirigido ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), com vista à apreciação de uma primeira versão de texto de Anteprojeto de Decreto Regulamentar da n.º Lei 90/2021, de 16 de dezembro, que altera o regime jurídico da procriação medicamente assistida (PMA), aprovado pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (LPMA), no que respeita ao regime jurídico da gestação de substituição.

2. O CNECV refletiu já anteriormente sobre os aspetos éticos da gestação de substituição em sede de processo legislativo e regulamentar, tendo aprovado sobre esta matéria os Pareceres n.ºs 63/CNECV/2012, 87/CNECV/2016, 92/CNECV/2017, 104/CNECV/2019 e 111/CNECV/2020.

3. O Parecer n.º 111/CNECV/2020 visava a apreciação ética do Projeto de Lei n.º 71/XIV/1ª “Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)” da autoria de um conjunto de deputadas e deputados do Bloco de Esquerda e do Projeto de Lei n.º 247/XIV/1ª “Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)”, da autoria de um grupo de deputadas e deputados do PAN.

4. Estas iniciativas tinham por objetivo conformar o regime jurídico da gestação de substituição com o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 225/2018 de 24 de abril e, na sequência do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República, com o Acórdão do TC n.º 465/2019, de 18 de outubro.

5. Da discussão na especialidade dos Projetos de Lei n.ºs 71/VXI/1ª e 247/XIV/1ª resultou um texto final sobre cuja redação concreta o CNECV não foi solicitado a emitir nova pronúncia³. Da sua votação final global pelo Parlamento

¹ O Parecer é antecedido por um Relatório da responsabilidade dos seus autores. Como tal, não é votado pelo plenário do CNECV.

² Constituída nos termos do Despacho n.º 3302/2022, de 18 de março.

³ O CNECV fora ouvido, em audição conjunta pelo Grupo de Trabalho em matéria de PMA da Comissão Parlamentar de Saúde, sobre diversos aspetos da procriação medicamente assistida,



resultou o Decreto da Assembleia da República 208/XIV e, subseqüentemente, a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que procedeu à oitava alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (LPMA). É sobre o anteprojeto de regulamentação da Lei n.º 90/2021 que recai agora o pedido da Comissão de Regulamentação, dirigido ao CNECV com carácter urgente.

A introdução, no Anteprojeto em análise, de aspetos novos relativamente a anteriores iniciativas legislativas, entre os quais alguns divergentes, justifica, pela sua relevância ética, uma nova pronúncia por parte do CNECV, o que lhe cabe fazer no âmbito das suas competências e em resposta ao solicitado, no sentido da enunciação das questões éticas suscitadas pelos termos legais e do seu impacto sobre todos os envolvidos.

II. ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE DECRETO REGULAMENTAR

1. Disposições em apreciação

Com o Anteprojeto em análise, a Comissão de Regulamentação visa uma proposta de regulamentação da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que incida sobre “alguns aspetos práticos do regime da gestação de substituição” e possa assim “criar as condições para a concretização plena deste regime, cuja relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de ‘interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários’ foi posta em evidência pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018”.

Desde logo, é regulado no Anteprojeto o pedido de autorização prévia a conceder pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), entidade que supervisiona todo o processo, para a celebração de cada contrato de gestação de substituição. São complementados os elementos instrutórios e definidos os passos procedimentais, bem como os termos da audição prévia, respetivamente, da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos. O CNPMA pode ainda, quando considere necessário para a sua decisão, reunir com os beneficiários e com a gestante, ou convocar uma avaliação completa e independente dos beneficiários e da gestante por uma equipa técnica e multidisciplinar na saúde materna e saúde mental (artigo 2.º).

Encontrando-se os direitos e deveres dos beneficiários definidos, além do mais, na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho - regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (LPMA) -, com as últimas alterações introduzidas pela lei regulamentanda, o anteprojeto introduz um dever adicional: o de os beneficiários “registarem a criança nascida de gestação de substituição como sua filha, independentemente do estado de saúde dessa

no dia 15 de janeiro de 2021, mas ainda sem conhecimento do texto final proposto a votação parlamentar.



criança, exceto se a gestante de substituição revogar o seu consentimento nos termos do artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho” (artigo 3.º).

Do mesmo modo, a gestante passa a ter “o dever de seguir todas as recomendações, prescrições médicas de exames diagnósticos e terapêuticas determinadas pelo seu médico assistente, salvo se, no contrato escrito, for convencionada a não realização de determinados exames de diagnóstico” (artigo 4.º n.º 2), o que importa confrontar com os critérios das obrigações e direitos constantes das alíneas a) e d) do n.º 13 da LPMA, na redação dada pela lei regulamentanda.

São ainda definidos os limites de idade da beneficiária, equiparando-a à das beneficiárias das demais técnicas de PMA (artigo 7.º), encontrando-se a idade limite da gestante de substituição pendente de parecer da Ordem dos Médicos à data da pronúncia do CNECV. No entendimento do CNECV, o limite etário máximo recomendável da gestante de substituição seria de 40 anos, atendendo aos riscos corridos em nome de um projeto parental de terceiro; seria igualmente aconselhável o estabelecimento de um limite etário mínimo, para além do critério de preferência de uma maternidade anterior.

Após o parto, o artigo 8.º, sob a epígrafe “Guarda e registo da criança”, determina a entrega da criança nascida de um processo de gestação de substituição aos beneficiários pela gestante que não pretenda revogar o seu consentimento (n.º 1). Por outro modo, os beneficiários poderão registar a criança caso a gestante não expresse por escrito a intenção de revogar o consentimento (n.º 2). Esta norma é problemática e será objeto de uma análise crítica.

Finalmente, o Anteprojeto estabelece o direito de acesso às técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde (SNS) pelos beneficiários e pela gestante de substituição em condições e critérios análogos aos dos demais beneficiários (artigo 10.º) e, para salvaguarda da saúde da gestante e da criança, em cada procedimento deverá ser concretizada a transferência de um único embrião (artigo 11.º)⁴. Neste aspeto, como nos demais, justifica-se a equidade de tratamento de quem acede às tecnologias reprodutivas.

⁴ Contudo, na fertilização *in vitro* para a PMA em geral, os requisitos aprovados pelo CNPMA determinam que “O número de embriões a transferir para o útero deve ser de um ou dois, devendo privilegiar-se a transferência de apenas um embrião nas mulheres até aos 35 anos e nos casos de doação de ovócitos” - https://www.cnpma.org.pt/profissionais/Documents/Requisitos_CentrosPMA_2021.pdf. Não se encontrando ainda determinado o limite de idade da gestante de substituição, não é compreensível, face às razões apontadas no artigo 11.º do anteprojeto, o sentido da diferenciação na gestação de substituição, sobretudo quando a orientação jurídica geral vai no sentido de uma equiparação de todas as mulheres que recorrem à procriação medicamente assistida.



2. Sentido das alterações

Em Portugal, a definição de gestação de substituição inscrita na LPMA gera para a gestante de substituição duas obrigações principais: (1) “suportar uma gravidez por conta de outrem” e (2) “entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 8.º n.º 1 da LPMA). É nesta segunda obrigação que atualmente se inscreve o dissenso entre o projeto parental que justifica a técnica e a possibilidade de arrependimento da gestante relativamente a um fenómeno que experiencia, física e psicologicamente, ao longo de vários meses.

Nos Pareceres n.º 104/CNECV/2019 e n.º 111/CNECV/2020, o CNECV manifestou reservas quanto à possibilidade de desvinculação da gestante na medida em que desvirtua qualquer equilíbrio encontrado entre as partes.

Em razão do modelo aceite pelo Tribunal Constitucional e agora vertido em lei, o futuro de cada criança a nascer de um processo de gestação de substituição é dotado de alguma incerteza, pelo que deverá haver o maior cuidado na preparação do casal beneficiário e da gestante para este complexo fenómeno emocional, jurídico e social. A experiência do Reino Unido, com a consagração de um prazo ainda mais amplo de reflexão para a gestante de substituição (de 6 meses), demonstra que os casos de conflito entre projetos parentais não são a norma, desde que se proceda a uma preparação prévia da gestante e dos beneficiários para as exigências de um processo longo e ao seu acompanhamento, sempre que solicitado.

A revogação do consentimento acarreta inevitáveis consequências psicológicas aos potenciais beneficiários, nomeadamente no atinente ao exercício do seu projeto parental e na determinação da parentalidade, defraudando as suas legítimas expectativas. Pelo que, de acordo com o princípio ético da responsabilidade, deve ser implementado o acompanhamento psicológico apropriado da gestante para que a probabilidade de ocorrência desta eventualidade seja apenas residual.

Também o respeito pela identidade genética e pela identidade pessoal do nascituro implica que este seja adequadamente informado, atendendo à sua progressiva maturidade e se for essa a sua vontade, sobre as circunstâncias em que se desenrolou a conceção e a gravidez, ao abrigo do princípio da historicidade pessoal e genética.



III. REFLEXÃO ÉTICA

A partir do exposto, o CNECV identificou algumas situações problemáticas do ponto de vista ético e procura contribuir para o aperfeiçoamento do anteprojeto apresentado.

1. Acerca do processo de autorização

No artigo 2.º, número 3 do Anteprojeto, especifica-se a necessidade de, após a receção do pedido de autorização prévia, o CNPMA solicitar Parecer à Ordem dos Médicos e à Ordem dos Psicólogos. Porém, nos números 5 e 7 especifica-se que, além de estes Pareceres não terem carácter vinculativo, poderem ser dispensados se não forem emitidos dentro do prazo estabelecido (“60 dias a contar da receção da documentação”), o que não só desvaloriza claramente a apreciação que estas Ordens profissionais possam fazer como também indicia tratar-se esta solicitação do cumprimento de uma formalidade. Não nos parece adequado que uma regulamentação permita a dispensa do Parecer, quando a Lei exige esses mesmos pareceres. Pelo contrário, a regulamentação deveria especificar as condições materiais e procedimentais dos referidos Pareceres, por exemplo: as declarações de conflito de interesses dos vários intervenientes, os aspetos específicos sobre os quais cada Ordem profissional se deve pronunciar, designadamente a análise do contexto clínico e psicológico da gestante de substituição e dos beneficiários e um atestado de que ambos se enquadram nos requisitos da lei. Em todo o caso, o eventual incumprimento de prazos por parte de qualquer das Ordens não deve prejudicar o direito reprodutivo dos beneficiários, pelo que se exige de todas as entidades a maior celeridade e empenho no cumprimento dos seus deveres.

Acresce o facto de, no mesmo artigo, no número 8, o CNPMA poder “desencadear diligências” para realizar “reuniões com os beneficiários e a gestante de substituição”, ficando por esclarecer (1) as condições que determinam a sua pertinência, (2) os objetivos para a sua realização e as competências que asseguram a sua aferição, (3) o respetivo fator de ponderação que lhes é atribuído no processo de tomada de decisão e (4) o modelo de funcionamento que seguirão. Ainda no mesmo ponto, afirma-se poder o CNPMA promover uma “avaliação completa e independente de beneficiários e da gestante de substituição por uma equipa técnica multidisciplinar que integre a área da saúde materna e da saúde mental”. Não nos parece adequado que o CNPMA possa emitir a sua pronúncia na ausência do Parecer das Ordens e, paralelamente, solicite parecer a uma equipa multidisciplinar que, afinal, deverá incluir médicos e psicólogos, sem que se indiquem critérios objetivos para esta escolha.



Assim, considera-se que um processo mais fortemente apoiado em pareceres especializados (aliás exigidos pela Lei n.º 90/2021) e mais amplamente deliberativo favoreceria a qualidade da decisão.

Uma questão adicional para eventual ponderação, suscitada não especificamente pelo Anteprojeto, mas que decorre já da Lei 90/2021, prende-se com a ponderação do critério preferencial da gestante já ter sido mãe (artigo 8.º/3 da LPMA: “A gestante de substituição deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe, sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir.”) Qual a relevância efetiva deste critério preferencial, e quem a decide? Quais são as circunstâncias do caso que o impedem, se a escolha da gestante é livre?

Uma outra questão adicional, eventualmente a atender, reporta-se ao destino a dar a embriões excedentários que possam existir. A regulamentação da lei deveria acautelar a possibilidade de os beneficiários quererem recorrer a uma segunda gestação de substituição. Esta é uma matéria sensível que importará também especificar.

2. Acerca dos deveres dos beneficiários

O atual artigo 3.º do Anteprojeto, no que se refere aos “direitos e deveres dos beneficiários”, prevê apenas o dever de registo da “criança nascida de gestação de substituição como sua filha (ou filho - acrescentaríamos), independentemente do estado de saúde dessa criança”, o que se nos afigura manifestamente escasso quando, de acordo com o artigo 8.º, n.º 4 da LPMA na sua redação atual⁵, pelo menos um dos beneficiários terá de ser o progenitor biológico, sendo possível que ambos o sejam. Assim sendo, pode ser questionada a opção do artigo 8.º, n.º 3 do Anteprojeto ao estabelecer que as suas obrigações de parentalidade cessam (no que equipararia o progenitor biológico a um dador de gâmetas e, como tal, dissociado de qualquer projeto parental) no caso da revogação do consentimento da gestante de substituição e conseqüente recusa de entrega da criança aos beneficiários⁶.

⁵ “4 - 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, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.”

⁶ Aliás, de um ponto de vista mais amplo, atendendo à possibilidade de revogação do consentimento da gestante de substituição quanto a entregar a criança aos beneficiários, afigura-se inadequada a designação de “beneficiários”, quando, de facto, se está perante “requerentes”, “candidatos” ou “potenciais beneficiários”, uma precisão terminológica que reverte a favor da fidelidade à verdade, evitando criar expectativas que se podem não concretizar.



Considera-se desejável estabelecer inequivocamente os direitos e deveres dos beneficiários biologicamente relacionados com a criança a nascer por gestação de substituição na situação de recusa de entrega desta por parte da gestante, em prol da clarificação de uma situação por natureza complexa, conflituosa e emotiva. Com efeito, o artigo 8.º, n.º 3 - “Após revogação do consentimento pela gestante cessam quaisquer deveres dos beneficiários em relação à criança nascida”⁷ - merece uma reflexão mais detalhada e aprofundada do foro ético e jurídico. Esta norma toma posição sobre um tema controverso cuja ponderação e decisão poderá competir a uma diferente fonte de direito: a questão da paternidade da criança. A relevância da resposta a esta questão poderá recomendar uma decisão a nível de Lei da Assembleia da República, pois poderá considerar-se que coloca em causa o direito de constituir família (n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)) e o direito à identidade pessoal da criança nascida (n.º 1 do artigo 26.º da CRP).

A proposta apresentada parece impedir a relação com o pai beneficiário e biológico. Esta solução parece colocar os dois projetos parentais como alternativos e excludentes: ou se consolida a relação jurídica de filiação com os beneficiários ou, se a gestante de substituição exercer o direito de arrependimento, haveria apenas uma relação de filiação com esta, num projeto monoparental. Se os projetos forem vistos como alternativos e mutuamente excludentes, esta opção da comissão de regulamentação seria acertada.

Mas será este verdadeiramente o caminho adequado, à luz dos princípios éticos que fundamentam o direito da filiação, das normas gerais da procriação medicamente assistida e dos direitos fundamentais de todos os envolvidos: gestante de substituição, criança, beneficiários? Seria possível uma outra leitura do desenho da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, designadamente, se o marido do casal beneficiário for também o progenitor biológico da criança?

Já no caso de ter havido o recurso a esperma de um dador (e então necessariamente ovócito da mulher beneficiária), fará sentido considerar que a paternidade poderá não ser estabelecida face ao marido ou companheiro⁸ do casal beneficiário, por aplicação analógica do artigo 20.º, n.º4 da Lei da PMA⁹, pois o escopo do consentimento foi desvirtuado, uma vez que o projeto

⁷ Merece ainda crítica a redação do n.º 3 ao afirmar que “cessam de imediato quaisquer deveres dos beneficiários em relação à criança nascida.” Ora, a ser este o caminho, deve afirmar-se que cessa toda a relação jurídica: não apenas os deveres, mas também os direitos.

⁸ O mesmo acontecerá se os beneficiários forem um casal de mulheres.

⁹ Artigo 20.º da Lei da PMA: “4 - O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.”



parental a que o consentimento do beneficiário se dirigia foi incumprido, pela primazia que é dada ao projeto parental da mulher gestante. A posição da mulher beneficiária, a cujo ovócito se recorreu e que tinha um projeto parental, ficou prejudicada, em virtude das decisões do Tribunal Constitucional, que exigem um 'direito de arrependimento' a favor da mulher gestante e, conseqüentemente, uma primazia da sua posição face à da progenitora biológica que espoletou esta técnica de PMA.

No contexto de revogação de consentimento da gestante de substituição, a lei é clara no que se refere à identidade da mãe, mas permanecem dúvidas acerca da identificação do pai, as quais poderão ser devidamente sanadas por Lei da Assembleia da República.

3. Acerca dos deveres da gestante de substituição

O artigo 4.º n.º 2, nos termos em que está redigido, poderá contradizer os direitos da gestante em situação de saúde, devendo antes conformar-se com os direitos e as obrigações que a Lei n.º 90/2021 veio enquadrar¹⁰, nomeadamente a decisão quanto a exames e atos terapêuticos considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, com vista ao bem-estar da criança a nascer.

Reconhecendo que existem comportamentos de gestantes que podem afetar a saúde do embrião e do feto, nomeadamente os comportamentos aditivos, pode questionar-se se é legítimo impor à gestante deveres excepcionais em relação aos requeridos a qualquer outra mulher grávida, considerando-se que o investimento se deve focar na promoção da educação para a saúde e na assunção da responsabilidade individual¹¹. Acresce o facto de a imposição legal de deveres implicar a explicitação dos meios adequados para aferir a sua observância a par da previsão de sanções para a prevaricação, o que o atual anteprojecto naturalmente não apresenta.

Considera-se que as recomendações às gestantes de substituição sejam as comuns para todas as mulheres grávidas: uma vida saudável, regrada e abstenção de exposições, práticas e hábitos que possam comprometer a sua saúde, a do feto e o normal desenvolvimento da gravidez.

¹⁰ Artigo 8.º, n.º 13, als a) e d) e o n.º 14 da LPMA, na redação atual. Além do mais, o artigo 13.º-A, n.º 2: "A celebração, por parte da gestante de substituição, de negócios jurídicos de gestação de substituição através de contrato escrito não diminui o exercício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puérpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra."

¹¹ Neste contexto, aponta-se uma restrição excessiva da vontade da gestante, ou a sua vinculação a estipulações contratuais rígidas, por exemplo quanto à realização de exames ou à imposição de comportamentos, no que deve imperar apenas o que as *leges artis* indicam para qualquer gestação, sob risco de reificação do corpo incompatível com a autonomia da gestante de substituição.



A mulher gestante - como ficou claro nos Acórdãos do Tribunal Constitucional - deverá estar a exercer também um projeto próprio de dádiva e solidariedade, naturalmente concomitante com o projeto parental dos beneficiários¹².

4. Acerca da proteção da parentalidade

O artigo 5.º, no seu número 1, prevê que o “parto da gestante de substituição seja considerado como sendo dos beneficiários para efeitos de licença parental”. Parece-nos, como alternativa a considerar, que os beneficiários deveriam começar a gozar a licença parental a partir do dia da entrega da criança. Por seu turno, no caso de a gestante de substituição revogar o consentimento, deverá ser ela a beneficiar dessa licença de parentalidade.

5. Acerca da guarda e registo da criança

O artigo 8.º do Anteprojeto, no seu n.º 1, prevê que “Após o parto, a criança nascida de gestação de substituição seja entregue aos beneficiários pela gestante que não pretenda revogar o seu consentimento, nos termos do artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, cessando qualquer dever por parte da gestante”, não especificando, porém, categórica e inequivocamente, como se confirma a renúncia à revogação do consentimento dentro do prazo de 20 dias previsto para o registo da criança. Vale a pena apontar que o n.º 2¹³ do mesmo artigo prevê que a gestante de substituição registre a revogação do consentimento “mediante declaração escrita a aprovar pelo CNPMA”¹⁴. Ou seja, a revogação do consentimento é feita por escrito, mas a renúncia à revogação, isto é, a confirmação da vontade de generosamente contribuir para a realização do projeto parental dos beneficiários, não dispõe de qualquer formalidade. Assim sendo, pode, no limite, haver dúvidas quanto à confirmação da renúncia ao direito de revogar, mantendo-se esta como possível até ao vigésimo dia, data em que se verifica a consequente caducidade do direito de revogar e em que os beneficiários poderão finalmente registar a criança como sua. Mesmo neste caso, seria de equacionar a possibilidade de previsão de um documento formal de entrega da criança e,

¹² Neste mesmo contexto considera-se ser de evitar qualquer linguagem reificante da mulher gestante, como se verifica no artigo 2.º, 2, a) ao afirmar que a gestante é “escolhida” pelos beneficiários.

¹³ “2 - Os beneficiários podem proceder ao registo da criança como sua filha, nos termos do Código do Registo Civil, caso a gestante de substituição não expresse a intenção de revogar o seu consentimento, mediante declaração escrita a aprovar pelo CNPMA.”

¹⁴ Assumindo-se que a aprovação do CNPMA recaia sobre um modelo de declaração, e não sobre a concreta manifestação de vontade da gestante. Sugere-se a revisão da última parte do n.º 2 do artigo 8.º.



em todo o caso, deveria ser uma entrega acompanhada e testemunhada, designadamente por um Assistente Social.

O prazo previsto para registar o nascimento no Código do Registo Civil (e para a qual a Lei da PMA, na redação dada pela Lei 90/2021, aponta) é de 20 dias, sendo este o prazo máximo de reflexão a que a gestante de substituição tem direito após o parto, findo o qual caduca o seu direito de revogar o consentimento. Em consequência, poderia ser previsto - eventualmente no próprio Código de Registo Civil - um prazo de registo adicional, para que o casal beneficiário possa proceder ao registo da criança. Em todo o caso, como referido no artigo 8º, n.º 2 do Anteprojeto, a gestante de substituição não pode ser confrontada com um registo promovido pelo casal beneficiário logo nos primeiros dias após o parto, sem ter tido oportunidade de revogar o consentimento.

Nos dias pós-parto a criança deveria beneficiar do aleitamento materno, se previsto no contrato celebrado. Todavia, atendendo à natureza excecional deste processo, poderá ser satisfeita a vontade livre e esclarecida da gestante de substituição de não manter proximidade afetiva e biológica com a criança. Do mesmo modo, se a gestante de substituição desejar amamentar e manter a guarda da criança durante os 20 dias de reflexão, deverá ser sua prerrogativa fazê-lo:

Consideramos ainda, a este propósito, que deveria ser regulado com mais detalhe o tempo de reflexão mínimo para uma revogação do direito de arrependimento, caso este seja de admitir. Uma outra via será assumir que a gestante de substituição terá sempre os 20 dias para se arrepender, mesmo que já tenha feito a entrega aos beneficiários.

6. Acerca das cláusulas indemnizatórias

O artigo 3.º refere a possibilidade de "*cláusulas indemnizatórias eventualmente acordadas e incluídas no contrato escrito*", cuja base legal não detetámos claramente. Esta previsão não se encontra na Lei da PMA, na redação dada pela Lei n.º 90/2021, e - nos termos gerais de direito - seria indigno para a gestante de substituição a aceitação destas cláusulas, pois iriam contra o sentido da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que visa proteger "a dignidade da pessoa humana, conjugados com o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito de constituir família e o direito à identidade pessoal."

Com efeito, apesar de o artigo 81.º, n.º 2 do Código Civil não inviabilizar, em tese, a possibilidade de indemnização no caso da revogação da limitação voluntária de direitos de personalidade, devemos ser muito restritivos, nesta



sede da gestação de substituição. Como se afirma numa declaração de voto¹⁵ do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019: “O seu [da mulher gestante] consentimento – para ser, a todo o tempo, livre, – não pode deixar de ser um consentimento permanentemente renovado, em cada momento, dando-lhe direito “ao arrependimento”, ou seja, à revogação do consentimento até à entrega da criança aos beneficiários.” Ora, o receio de montantes indemnizatórios por exercício do seu direito de revogação (um verdadeiro direito de arrependimento) colocaria em situação de limitação de liberdade e subordinação a mulher gestante.

Em suma, o CNECV reconhece a sensibilidade da questão e a tendência no sentido da aceitação excecional da gestação de substituição a título altruístico, a que o Tribunal Constitucional acrescentou a exigência de um ‘direito de arrependimento’ da mulher gestante.

Esta solução legislativa encontrada é de acentuada complexidade e delicadeza e apenas permitirá conciliar todos os direitos potencialmente em conflito, desde que haja um extremo cuidado no momento prévio (da seleção dos beneficiários e da mulher gestante), e o acompanhamento psicológico durante a gravidez e nos 20 dias de que a gestante de substituição goza para exercer o seu direito de revogar o consentimento. Este acompanhamento deve ser estendido ao casal beneficiário e deve estar prevista a possibilidade de se fazerem sessões conjuntas.

Deve ser reforçado que “o critério principal para a respetiva solução tem de ser o superior interesse da criança”¹⁶. Por outro lado, a dignidade da mulher gestante e os interesses reprodutivos dos beneficiários devem também ser respeitados, pelo que a regulamentação da lei é um exercício de grande rigor, devendo contribuir decisivamente para a clarificação de forma objetiva de todo o processo.

¹⁵ A Declaração de Voto é assinada pela Conselheira Mariana Canotilho.

¹⁶ Atente-se ao verdadeiro concurso de projetos parentais que se manifesta a partir do momento em que a gestante revoga, antes da entrega voluntária da criança, o seu consentimento original, conforme o enunciado pelo TC no Acórdão 225/2018, além do mais no ponto 47: “A partir do momento em que o conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante não pode deixar de relevar juridicamente, atentos os interesses fundamentais da gestante, o critério principal para a respetiva solução tem de ser o superior interesse da criança. E tal só é possível no quadro de uma avaliação casuística, pois de outro modo negar-se-ia a condição de sujeito de direitos da criança, em violação da sua dignidade e o Estado violaria o seu dever de proteção da infância (artigos 1.º, 67.º, n.º 2, alínea e), e 69.º, n.º 1, todos da Constituição).”



PARECER

O CNECV

considerando que a Regulamentação da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, deverá contribuir definitivamente para a clarificação inequívoca do relacionamento entre beneficiários e gestante, ao longo de todo o processo de gestação, bem como entre estes e a criança nascida até ao seu registo, e ainda para a transparência dos procedimentos no que diz respeito às várias entidades intervenientes,

é de parecer que a presente proposta de Anteprojeto de Diploma Regulamentar

1. mantém por regulamentar algumas situações de ocorrência possível entre as partes envolvidas, no contexto da atual Lei da PMA, persistindo assim áreas de indefinição a colmatar, nomeadamente,

- o estabelecimento da paternidade da criança no caso de revogação do consentimento por parte da gestante de substituição,
- a clarificação do processo de registo da criança tendo em conta o direito de revogação do consentimento da gestante de substituição,
- a previsão de um adequado acompanhamento psicológico, se desejado, da gestante de substituição, mas também dos beneficiários ao longo de todo o processo;

2. não acautela suficientemente o cuidado e bem-estar do nascituro, devendo ser respeitado o seu superior interesse no processo de gestação de substituição, nomeadamente através de,

- a recomendação dos 40 anos como limite etário da gestante de substituição;
- a definição das circunstâncias de admissibilidade de uma gestante de substituição que não tenha sido mãe anteriormente;
- a possibilidade de aleitamento materno durante o período de reflexão, se a gestante assim o desejar;
- a especificação do momento, condições e processo da entrega da criança;

3. não especifica devidamente as condições materiais e procedimentais dos pareceres especializados que devem acompanhar os processos de gestação de substituição, nomeadamente da Ordem dos Médicos, da Ordem



dos Psicólogos. Deve ainda ser estabelecido um regime de impedimentos, para defesa da transparência e para obviar conflitos de interesse dos elementos que integram os organismos reguladores do processo, bem como das Ordens profissionais.

Lisboa, 25 de maio de 2022.

A Presidente, *Maria do Céu Patrão Neves*.

Relatores: *André Dias Pereira, Maria do Céu Patrão Neves, Rui Nunes*.

Trabalhou no apoio aos trabalhos do parecer a Secretária Executiva, *Cíntia Águas*.

O presente parecer foi aprovado no dia 25 de maio de 2022, na 265ª reunião plenária do CNECV, realizada por meios telemáticos e em que estiveram presentes os/as Conselheiros/as:

Maria do Céu Patrão Neves (Presidente); André Dias Pereira (Vice-Presidente); Carlos Maurício Barbosa; Inês Fronteira; Inês Godinho; João Ramalho-Santos; Jorge Soares; Luís Duarte Madeira; Miguel Guimarães; Miguel Oliveira da Silva; Miguel Ricou; Paula Pinto de Freitas; Pedro Fevereiro; Rosalvo Almeida; Rui Nunes; Sandra Horta e Silva.

Tendo participado na discussão anterior, a Conselheira Margarida Silvestre declarou por escrito a sua concordância geral com o parecer aprovado, com exceção do ponto 2, primeiro parágrafo, relativamente ao qual entregou a sua declaração escrita.