



PARECER 111/CNECV/2020

DECLARAÇÃO DE VOTO

André Dias Pereira

1. Votei contra este Parecer.
2. O Tribunal Constitucional decidiu, por duas vezes, em Acórdãos tomados em plenário, em 2018 e em 2019, no sentido de que deve ser garantido o “direito ao arrendimento” à mulher gestante.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio, não declara a inconstitucionalidade do método *em si mesmo*.¹ Merece destaque o facto de um tribunal superior admitir expressamente a validade deste método de PMA. Afirma o Tribunal Constitucional:

“A gestação de substituição tem, por isso, uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar”.

Porém, entende o Tribunal Constitucional que a gestante não podia ser impedida de, durante a gravidez, mudar de ideias e revogar o contrato pelo qual prescindiria de todos os direitos sobre a criança; impedir a mãe biológica de desistir desse contrato, querendo afinal ficar com a criança e não a entregar ao casal beneficiário, seria uma **“violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família”**.

A possibilidade de revogação do consentimento antes de iniciarem os procedimentos de PMA, isto é, antes de se iniciar a gestação de substituição é insuficiente;² é necessário que a gestante possa revogar o seu consentimento mesmo após o nascimento.³

¹ Sigo de perto as considerações publicadas em PEREIRA, André G. Dias, “Gestação de Substituição - Conflito entre a Assembleia da República e o Tribunal Constitucional: haverá um caminho?”, in *Atas das Jornadas Internacionais - Igualdade e Responsabilidade nas relações familiares*, Escola de Direito da Universidade do Minho e Centro de Investigação em Justiça e Governança, 2020, pp.141-158, Acessível em: <http://bit.ly/atas-ji-irrf-rd>

² Neste sentido, no breve texto Fernanda ALMEIDA/ André DIAS PEREIRA, “Barrigas de aluguer: uma precipitação legislativa”, Público, 6 de agosto de 2016, defendíamos que o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil deveria ser mobilizado na interpretação das normas previstas da referida lei, ou seja, “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável (...)” “Negar este caminho interpretativo, significaria transformar o corpo (o útero) da mulher num objeto que



Em julho de 2019, verifica-se uma nova aprovação parlamentar, mas de imediato o Presidente da República requer a fiscalização preventiva da sua constitucionalidade, tendo a decisão sido conhecida em setembro, através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, de 18 de outubro, no qual este Tribunal, mais uma vez, declara a inconstitucionalidade da nova versão da lei, fundando-se na inexistência da possibilidade de revogação do consentimento *a posteriori* ou, por outras palavras, na *não consagração de um direito de arrependimento*.⁴

Nesse sentido, a Proposta de Lei em análise faz um esforço de adotar uma solução que respeite a Constituição. Merece, pois, o meu aplauso.

3. Relativamente ao **prazo do “direito de arrependimento”**, que se fez coincidir com o prazo para o registo civil parece-me adequado, pois garante segurança jurídica, embora a norma deva ser aperfeiçoada. Vejamos:

Segundo a Proposta de Lei, o “direito de arrependimento” ou a revogação livre do consentimento poderá acontecer até ao registo da criança. O registo deve acontecer nos primeiros 20 dias após o nascimento da criança.⁵ Todavia, nada impede que esse registo seja feito no próprio dia do nascimento, *pele que se deveria aperfeiçoar a proposta garantindo um período de reflexão de alguns dias ou semanas*.

Alguns – como Rafael Vale e Reis⁶ – consideram este prazo curto, preferindo o modelo inglês que aponta para um prazo de seis meses para se pedir a “*parental order*”⁷.

permite a prestação de serviços, que culminam com a obrigação de entrega da criança... qual Agar, a escrava de Abraão e de Sara... Sublinhamos, a escrava...” No fundo, a eliminação do direito à revogação do consentimento configuraria uma violação da dignidade humana. O Tribunal Constitucional viria a superiormente afirmar esta tese.

³ De certa forma, o Tribunal Constitucional terá tido em consideração o modelo em vigor no Reino Unido. Cf. Surrogacy Arrangements Act 1985 1985 CHAPTER 49, designadamente a norma, inserida em 1990: “1 A - No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.” (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>)

⁴ Nas palavras do TC: “o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade, 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, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa.”

⁵ Cf. o artigo 96.º do Código de Registo Civil.

⁶ Cf. a análise de Rafael VALE E REIS, “Gestação de substituição: a arte de procrastinar”, in *Público*, 29 de agosto de 2019, disponível em: <<https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>>. “os Deputados deveriam ter consagrado um prazo, entre as 6 semanas e alguns meses após o parto, que permitisse uma intervenção judicial ou administrativa que enquadrasse (e até procurasse afastar) uma eventual pretensão de arrependimento da gestante, ou uma qualquer vicissitude ligada ao casal beneficiário que o impeça de receber a criança.”

⁷ “From 4 July 2019 you must apply within 6 months of the child’s birth.”, disponível em: <<https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors/become-the-childs-legal-parent>>.



Em nome da segurança jurídica e do fortalecimento dos laços emocionais entre a criança e o casal beneficiário, não me parece desproporcionado que o processo se conclua nas primeiras semanas, inclusive nos primeiros 20 dias (embora deva estar consagrado um *período de reflexão adequado*), assim também assegurando alguma proteção da saúde da gestante.⁸

Assim, a norma a aprovar deve evitar complexidades registais, podendo a criança ter a declaração de nascimento onde, *ab initio*, conste o nome do casal beneficiário.⁹

4. Por tudo isto, pelo respeito ao modelo altruísta e minimalista de gestação de substituição - cuja porta foi aliás aberta por este mesmo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em 2012 (Parecer n.º 63/CNECV/2012) - e pelo respeito que me merece uma reiterada compreensão da Constituição da República Portuguesa, levada a cabo pelo Tribunal Constitucional, que coloca a *dignidade da mulher gestante* num lugar cimeiro, considero que esta Proposta de Lei permite encontrar uma solução que atenda aos interesses em jogo: (1) o interesse da criança à segurança jurídica e a ser incluída num projeto parental estabilizado, (2) a dignidade da mulher gestante e (3) os interesses do casal beneficiário à constituição de família que poderá, assim, aceder a este método de procriação em termos limitados e devidamente regulados.

Isto exigirá de todos os intervenientes um espírito de altruísmo e de amor, tolerância e concórdia ao longo de todo o processo educativo da criança. Valores éticos que me parece serem de aplaudir.

4 de setembro de 2020

André Dias Pereira

⁸ Quer a saúde física (processo de aleitamento), quer da saúde mental; com efeito, manter um vínculo durante seis meses com a criança e depois ver-se privada da sua maternidade poderia ser mais violento do que uma transição mais breve.

⁹ Esta solução evita os problemas ao nível do estabelecimento da paternidade, sobretudo quando a mulher gestante for casada. Nesse caso, a presunção de paternidade do n.º 1 do artigo 1826.º não se aplicará apenas se a mulher que deu à luz declarar que o filho não é do marido, nos termos do n.º 1 do artigo 1832.º (Não indicação da paternidade do marido). Ora, isto pressupõe uma situação de paz jurídica entre a mulher gestante e o casal de beneficiários. Se houver conflito, será necessário que o pai biológico (o marido do casal beneficiário) recorra, nos termos do artigo 1841.º, à ação do Ministério Público, o que implica uma reação rápida, no prazo de 60 dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste do registo.