



Conselho
Nacional de
Ética para as
Ciências da Vida

122/CNECV/2023

PARECER SOBRE O PROJETO DE DECRETO-LEI QUE
PROCEDE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 90/2021,
DE 16 DE DEZEMBRO, QUE ALTERA O REGIME
APLICÁVEL À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Abril de 2023



PARECER 122/CNECV/2023 SOBRE O PROJETO DE DECRETO-LEI QUE PROCEDE À REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO, QUE ALTERA O REGIME APLICÁVEL À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

RELATÓRIO¹

I. ENQUADRAMENTO

1. O presente parecer foi suscitado por um pedido dirigido ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), com caráter urgente, pelo Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Saúde, com vista à apreciação e pronúncia do Conselho sobre o Projeto de Decreto-Lei que procede à regulamentação da Lei n.º 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. Especificamente, o CNECV teve a oportunidade de dar parecer sobre uma primeira versão de texto de Anteprojeto de Decreto Regulamentar da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, a pedido da Comissão de Regulamentação da Lei, tendo em sequência aprovado o Parecer n.º 115/CNECV, de maio de 2022.

4. No cotejo das recomendações ínsitas no referido parecer com as soluções legislativas propostas, o CNECV releva como positivo o ensejo de clarificação dos aspetos destacados pela reflexão do Conselho, em alguns casos com acolhimento, no todo ou em parte, das suas recomendações.

5. Não obstante, a introdução de aspetos novos no projeto de Decreto-Lei em análise e a subsistência de questões merecedoras de clarificação justificam, pela sua relevância ética, uma nova pronúncia.

Atento o exposto, o CNECV cingir-se-á à análise ética de questões novas ou subsistentes e relevantes atinentes, designadamente, ao procedimento, às competências das entidades envolvidas, aos direitos e deveres dos beneficiários e da gestante de substituição e à proteção da criança a nascer em resultado da aplicação das técnicas de PMA com recurso à gestação de substituição, remetendo, no que seja aplicável, para a sua reflexão anterior.

¹ O Parecer é antecedido de um Relatório circunstanciado, da responsabilidade dos seus autores e que, como tal, não é votado pelo plenário do CNECV.



II. ANÁLISE ÉTICA

Em prol da sistematização da análise, procederemos ao comentário, numa perspetiva ética, de algumas normas deste Projeto que consideramos poderem ser aperfeiçoadas:

A) O artigo 2.º, n.º 3 atribui novas tarefas e exigentes competências ao CNPMA. Entendemos que para que esta instituição possa cabalmente cumprir a sua missão, deve ter um reforço de meios humanos e de capacitação funcional.

B) O artigo 2.º, n.º 6 impõe, e de forma correta, o *direito à confidencialidade e à proteção de dados pessoais*. Todavia, esta confidencialidade não obsta ao direito da criança nascida ao conhecimento das suas origens genéticas e da sua história pessoal, incluindo a identidade dos dadores de gâmetas (esp. doação heteróloga), e à identidade da mulher gestante, como resulta das imposições constitucionais e da lei geral. Assim, como é sabido, o processo que corre junto do CNPMA será devidamente conservado e deve estar prevista a possibilidade de consulta por parte da futura criança, após os 18 anos.

A pessoa nascida terá direito a conhecer toda a sua verdade genética e a identidade da mulher gestante (como resulta de uma interpretação atualista do artigo 15.º, n.º 2 da Lei da PMA).

C) O artigo 2.º, n.º 8, que permite a aprovação da gestação de substituição sem tomar em consideração os Pareceres da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos, é um grave desvio ético, para além de ser ilegal. Reiteramos o dito no Parecer n.º 115/CNECV, de maio de 2022: esta norma revela falta de respeito institucional por estas prestigiadas entidades públicas e procura, por via normativa derivada, ultrapassar competências reconhecidas e estabelecidas na Lei n.º 90/2021. Deve, pois, ser sanada esta falha.

Revela-se, pois, fundamental que estes pareceres sejam obrigatórios, devendo ter um peso muito importante na decisão final a tomar pelo CNPMA.

D) O artigo 2.º, n.º 9, prevê uma *reunião com o CNPMA para aferir da liberdade e esclarecimento da vontade*. O facto de se exigir a presença do CNPMA é um acréscimo face aos normais atos médicos, inclusive em matéria de PMA. Em caso de dúvidas sobre os pressupostos legais deste contrato, nomeadamente a gratuidade e ausência de subordinação, deve o CNPMA recorrer às instâncias competentes, designadamente ao Ministério Público, para que seja promovida uma investigação adequada, para evitar a



fraude à lei e assim o descrédito deste sistema, muito excecional, de acesso à gestação de substituição.

E) O artigo 7.º, n.º 3 deveria prever um prazo razoável - após o parto - para que se garanta que a tomada de decisão da mulher de arrependimento (ou não arrependimento) é livre e consciente. Segundo a Lei n.º 90/2021 a revogação do consentimento pode acontecer (art. 8.º, n.º 10) - "nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida". No mesmo sentido, o artigo 14.º, n.º 5 - O disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º, sendo que, nestes casos, o seu consentimento livremente revogável até ao momento do registo da criança nascida, estabelecido no n.º 10 do artigo 8.º". O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 não aponta um prazo para que a gestante possa revogar a decisão, apenas exigindo que seja até "depois do parto"². O CNECV, no Parecer 115/CNECV/2022, lançou mão da norma regra prevista no artigo 96.º, n.º 1, do Código do Registo Civil, que indica que o registo deve ser feito nos primeiros 20 dias após o nascimento³. Por seu turno, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê: artigo 7.º, n.º 1 "A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles." Num caso tão particular como a gestação de substituição, deveremos compatibilizar com outros interesses e direitos fundamentais, designadamente da mulher gestante. Este direito da criança tem que ser compatibilizado com o direito da mulher gestante de poder revogar o consentimento

² Cf. as seguintes passagens do Ac. TC 225/2018 "Na verdade, e como mencionado anteriormente, do ponto de vista da gestante, o que legitima a sua intervenção na gestação de substituição é a *afirmação livre e responsável da sua personalidade* - um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, que, em última análise se funda na sua dignidade (cfr. *supra* o n.º 28). Ora, tal direito tem de ser assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição: celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários (sublinado nosso). (...)

Deste modo, atentas as aludidas características físicas, biológicas, psíquicas e potencialmente afetivas da gravidez e do parto, a *revogabilidade do consentimento* inicialmente prestado é a *única garantia* de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício de tal direito. (...)

E à semelhança das exigências de gratuidade e de não subordinação económica para garantir a liberdade de consentimento inicial, a *revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização* (sublinhado nosso). Com efeito, as obrigações contratuais pressupõem o consentimento, pelo que, desaparecendo este, aquelas também deixam de poder subsistir, não havendo lugar para qualquer incumprimento contratual. (...)"

³ O artigo 96.º do Código do Registo Civil em vigor prevê: 1 - O nascimento ocorrido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro dos 20 dias imediatos, em qualquer conservatória do registo civil ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde. 2 - O nascimento deve ainda ser declarado, nos mesmos termos, na unidade de saúde para onde a parturiente tenha sido transferida, desde que seja possível declarar o nascimento. Numa leitura literal poderíamos defender que - em muitos casos (*onde seja possível declarar o nascimento*) - o registo teria que ser feito "até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde". Todavia, esta solução apenas se aplica em algumas unidades de saúde (*onde seja possível declarar o nascimento*), pelo que não é uma *norma de ordem e interesse público*.



em condições de liberdade e com capacidade plena, condições subjetivas que poderão não estar reunidas no período puerperal.

Como veremos abaixo, a solução ideal será a de que os progenitores genéticos assumam também a sua condição de progenitores legais e possam exercer, nos termos que o tribunal vier a determinar, as suas responsabilidades parentais, pelo que, se a mulher gestante revogar o consentimento e quiser assumir o seu projeto parental, será adicionada a sua progenitura ao registo civil da criança nascida.

Todo o processo deve ser conduzido de forma a evitar este arrependimento. Assim, procura-se preveni-lo em várias vertentes: com a avaliação psicológica prévia, com o acompanhamento psicológico a todo o tempo, com a preferência dada a uma gestante que já tenha sido mãe, com a preocupação de explicar devidamente todo o processo e garantir a liberdade de decisão. São mecanismos de prevenção importantes, com os quais se procura minimizar a possibilidade de arrependimento.

Em todo o caso, impõe-se respeitar as decisões do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019) e os direitos fundamentais aí reconhecidos à mulher gestante. O legislador deverá ter por baliza orientadora os seguintes parâmetros: por um lado, a norma do Código de Registo Civil que prevê que a criança deve ser registada até ao 20.º dia (norma base); por outro, o estado de puerpério da mulher e a necessidade de acautelar uma revogação livre e consciente. Assim, parece prudente que o registo seja feito quando as decisões sobre o projeto parental da mulher gestante estejam clarificadas, ou seja, após um prazo razoável após o parto.

De todo o modo, convém salientar que a criança tem uma filiação estabelecida pelo contrato de gestação de substituição, *sendo os beneficiários os representantes legais da criança, mesmo antes do registo civil*. O desenho da lei portuguesa afastou-se da regra clássica "*Mater sempre certa est*", antes afirma que os progenitores são os beneficiários, embora reconheça à mulher gestante um direito de revogar o consentimento.

F) Ainda sobre o artigo 7.º, n.º 3, a possibilidade de se entregar a criança imediatamente após o parto à parte beneficiária (podendo ser um casal de pessoas de sexo diferente, um casal de mulheres, ou uma mulher isolada), parece-nos uma solução eticamente aceitável, pois irá fortalecer os vínculos emocionais com os beneficiários e irá diminuir os laços afetivos com a mulher gestante que voluntariamente quis participar neste projeto procriativo em benefício de terceiro. Também é eticamente de louvar o acompanhamento por parte de assistente social (art. 7.º, n.º 5). Porém, admitindo que deve haver um prazo razoável para exercer o direito de arrependimento, o que acontece se houver revogação? A mulher revoga através do documento emitido pelo CNPMA (a quem/onde deve ser oficialmente entregue?) e a criança será obviamente devolvida (por quem? quanto tempo depois? em que contexto? qual o processo a seguir?) à mulher gestante, que se torna mãe, devendo ser registada essa linha de progenitura.



G) Como vimos, no caso da revogação do consentimento, a mulher gestante será a mãe da criança. E qual o estatuto da parte beneficiária (casal de beneficiários, casal de beneficiárias ou mulher beneficiária)?

O artigo 7.º, n.º 7, al. b) deve ver a sua redação melhorada, por forma a tornar claro que há o estabelecimento de vínculos de filiação também face aos progenitores genéticos.

Estabelece-se, pois, uma filiação dupla: com a mãe gestante e com a(s) pessoa(s) que forneceu/ ou forneceram o material genético. Ou seja, visa reiterar que o elemento masculino de um casal de pessoas de sexo diferente ou a mulher que participou no processo com os seus ovócitos (num casal de mulheres do mesmo sexo) ou mesmo a mulher beneficiária que forneceu o ovócito, são progenitores biológicos e têm o direito de ser progenitores legais, em concurso com a progenitura da mulher gestante. Entendemos que a lei preveja que todos os intervenientes biológicos (genéticos) sejam considerados, nos termos da lei da filiação, como progenitores, mesmo que haja o exercício do direito de arrendimento. Assim, no caso de um casal de pessoas do sexo diferente em que ambos contribuíram com gâmetas (masculino e feminino), os beneficiários teriam o direito a inscrever no registo civil a sua progenitura (maternidade e paternidade) a par com a maternidade da mulher gestante (que exerceu o direito de arrendimento). Teríamos duas mães e um pai. No caso dos outros possíveis beneficiários - casais de mulheres ou mulheres sós - não se coloca esta hipótese de tríplice progenitura. Competirá aos tribunais dirimir a regulação das responsabilidades parentais, nos termos gerais, tendo em conta o superior interesse da criança e a manutenção de vínculos saudáveis com todos os progenitores.

Estabelecem-se, portanto, os vínculos de filiação com os progenitores genéticos e reafirma-se o caráter biológico que é a regra no sistema português. Esta é a solução adequada, do nosso ponto de vista, pois respeita os direitos destas pessoas (beneficiários) e os direitos das crianças nascidas.

Com efeito, do lado do pai (e/ ou da mulher que contribui com material genético), podemos invocar o direito à constituição de família (artigo 36.º da CRP), o reconhecimento do princípio da verdade biológica (que é um dos princípios do nosso direito da filiação) e o direito à história pessoal, incluído no direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º CRP). Do lado do(a) filho(a), invocamos também o direito à história pessoal, o direito à identidade genética e o reconhecimento do princípio da verdade biológica que lhe garante os vínculos de filiação com os seus progenitores genéticos.

Outra interpretação possível da al. b) do n.º 7 do artigo 7.º do Projeto de Decreto-Lei seria a de que esta norma apenas confere o *direito de exigir à mulher gestante que um dos nomes de um dos dadores de material genético à criança “conste do assento de nascimento.”* Parece-nos eticamente inadmissível que a norma não tenha efeito ao nível do direito da filiação. Não se deverá admitir que a criança apenas fique com o registo



histórico daquele “nome” do progenitor biológico. Tal configuraria uma *grave lesão dos interesses e direitos dos progenitores genéticos e, sobretudo, da criança*.

O modo como a norma está redigida também é inadequado. Parece consagrar um *direito dos progenitores* e não um *direito da criança, rectius*, um critério de estabelecimento da filiação. Seria eticamente censurável, por não respeitar o princípio da verdade e o respeito pelo superior interesse da criança, que constar o nome no assento de um dos progenitores biológicos *ficasse dependente da vontade dos progenitores*. Deixar à liberdade dos progenitores o estabelecimento de vínculos de filiação é algo de espúrio ao direito da filiação e uma negação dos direitos da criança a ter uma relação com os seus pais biológicos e a ter uma identidade pessoal, com uma linha histórica de filiação. Parece-nos insustentável que se veja esta matéria como um mero *direito dos beneficiários*. Antes, trata-se do reconhecimento, no registo civil, dos direitos da criança ao estabelecimento de vínculos jurídicos com os seus progenitores.

I) Finalmente, sobre o artigo 12.º, com a epígrafe “Denúncia”, consideramos que este artigo se refere incorretamente à *denúncia*. Antes deveria referir-se ao conceito de *revogação unilateral*. Com efeito, o conceito de “denúncia” é privativo dos contratos duradouros ou contratos com prazo com renovação automática.

No plano ético, considerando a dignidade da vida humana que também está presente na vida intrauterina, o direito de *revogação unilateral* deveria ser aceite até ao início do tratamento. O *facto* de haver IVG até às 10 semanas não deve ser visto como o *exercício de um direito potestativo de revogação unilateral*, mas antes como *uma situação de facto* (não punida pelo Código Penal). O dever de indemnizar previsto no n.º 3 do artigo 11.º merece dúvida ética pois limita a liberdade da decisão da mulher. A IVG até às 10 semanas representa um grande fracasso do sistema de apreciação prévia mas, naturalmente, a despenalização prevista na al. 2) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal também se aplica ao caso desta mulher gestante.⁴ No caso de o embrião ter graves malformações e a mulher gestante decidir prosseguir com a gravidez, embora a sua liberdade deva ser inquestionada, há que reconhecer que a mulher gestante também se responsabiliza pelo futuro daquela criança, pelo que as consequências da sua decisão podem acarretar - como prevêm os n.ºs 3 e 4 do artigo 13.º - indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais no caso de prossecução da gravidez.

⁴ Artigo 142.º - Interrupção da gravidez não punível - 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.



PARECER

O CNECV, considerando que a Regulamentação da Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, deverá contribuir definitivamente para a clarificação inequívoca de

- todos os trâmites do processo de gestação de substituição, desde o seu início até ao momento crucial de registo e acolhimento familiar da criança nascida

- e, muito em particular, do relacionamento entre beneficiários e gestante, ao longo de todo o processo de gestação, bem como entre estes e a criança nascida, quer no âmbito do cumprimento estrito do contrato de gestação, quer na circunstância de revogação unilateral do mesmo por parte da gestante,

e ainda em prol da integridade e transparência dos procedimentos no que diz respeito às várias entidades intervenientes, é de parecer que o presente Projeto de Decreto-Lei, que procede à regulamentação da n.º Lei 90/2021, de 16 de dezembro, que altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição,

1. mantém por regulamentar algumas situações de ocorrência possível entre as partes envolvidas, no contexto da atual Lei da PMA, numa persistente indefinição que urge colmatar, nomeadamente

- a definição das circunstâncias de admissibilidade de uma gestante de substituição que não tenha sido mãe anteriormente
- o estabelecimento de um prazo razoável para o exercício do direito ao arrependimento, ou revogação unilateral do contrato por parte da gestante, no respeito pela vontade livre da gestante, em defesa dos interesses da criança nascida e atendendo às expectativas dos potenciais beneficiários
- na eventualidade de revogação unilateral da gestante, e atendendo às fortes implicações desta decisão, a descrição do processo de retirada da criança nascida aos beneficiários, que a acolheram imediatamente após o parto, bem como o de revisão do registo de nascimento, realizado pelos beneficiários após o parto, privilegiando os melhores interesses da criança
- ainda na eventualidade de revogação unilateral por parte da gestante, e de os progenitores biológicos pretenderem fazer constar o seu nome do registo da criança, a inequívoca identificação dos deveres e direitos que lhes assistem, nomeadamente o estabelecimento da filiação face aos dadores de gâmetas.

2. É eticamente recomendável que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) tenha as condições necessárias ao desempenho das funções que lhe estão atribuídas, atendendo às responsabilidades decorrentes da presente regulamentação.



- 3.** Devem ser atendidas as condições materiais, procedimentos e a obrigatoriedade de apresentação dos pareceres especializados que devem acompanhar os processos de gestação de substituição, nomeadamente por parte da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos.
- 4.** Deverá ser determinado um regime de impedimentos no que se refere às várias entidades intervenientes no processo, para evitar conflitos de interesse dos elementos que as integram e em prol da transparência pública.
- 5.** Deverá ainda ser garantida a capacitação do Serviço Nacional de Saúde (SNS) para assistir as pessoas que pretendam recorrer à procriação medicamente assistida (PMA), bem como aquelas que estão em condições clínicas e legais para recorrer a uma gestante de substituição, em prol da equidade no acesso às técnicas reprodutivas.
- 6.** Concretamente no que diz respeito à interrupção da gravidez por opção da mulher, nos termos legais, a revogação do consentimento da gestante deverá ser livre, excluindo qualquer dever compensatório.
- 7.** As indicações clínicas para a interrupção da gravidez não têm como fator único de ponderação a autonomia da gestante, designadamente no caso de doença grave ou malformação congénita, devendo, tanto o contrato celebrado entre as partes, como a informação prévia a prestar, prever estas situações e as suas consequências, sendo certo que à gestante assistem direitos inalienáveis que o contrato de gestação não pode suprimir.

Lisboa, 21 de abril de 2023.

A Presidente, *Maria do Céu Patrão Neves*.

Relatores: *André Dias Pereira, Maria do Céu Patrão Neves, Margarida Silvestre*.

O presente parecer foi aprovado por unanimidade no dia 21 de abril de 2023, na 276ª reunião plenária do CNECV, em que estiveram presentes os/as Conselheiros/as:

Maria do Céu Patrão Neves (Presidente); André Dias Pereira (Vice-Presidente); Carlos Maurício Barbosa; Helder Mota Filipe; Inês Fronteira; Inês Godinho; João Queiroz e Melo; João Ramalho-Santos; José Manuel Pereira de Almeida; Luís Madeira; Margarida Silvestre (por meios telemáticos); Maria de Lurdes Martins; Miguel Guimarães; Miguel Oliveira da Silva; Miguel Ricou; Paula Pinto de Freitas; Pedro Fevereiro; Rosalvo Almeida.