

CAPÍTULO X

**PROcriação Medicamente Assistida
E HOMOSSEXUALIDADE NA LEI E NA IMPRENSA
PORTUGUESA**

Guimarães, Ana Paula⁷⁶
Universidade Portucalense

Resumo

Em Portugal, o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida esteve reservado apenas às pessoas casadas, que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou às que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos. Assim foi desde a entrada em vigor da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Acontece que, com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio (cujo início de vigência ocorreu em 05 de Junho desse ano), o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo passou a ser legalmente possível, alterando o conceito de casamento. Este é entendido como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, nos termos previstos no artigo 1577.º do Código Civil. Esta alteração marcou um desajustamento não facilmente resolúvel entre a finalidade do casamento de “constituição de família” e a inerente vontade dos casais do mesmo sexo de terem filhos. Acresce que a lei subordinava o uso das técnicas de procriação medicamente assistida ao diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, portanto, a fins de natureza subsidiária de procriação e não alternativa. Em Junho de 2016 foi aprovado o alargamento dos beneficiários às técnicas de procriação medicamente assistida, assegurando o seu acesso a todas as mulheres. O referencial heterossexual da Lei n.º 32/2006 e a compreensão da descendência ligada ao casamento ou união de facto entre pessoas de sexo diferente ficaram ultrapassados.

A superação do modelo familiar heterossexual, no que respeita ao uso das técnicas laboratoriais de procriação medicamente assistida, na lei portuguesa, será objecto deste texto, ao lado da cobertura mediática desta questão, ao nível da ultrapassagem de barreiras e mudança de mentalidades.

Palavras-chave: procriação medicamente assistida; casais homossexuais; técnica subsidiária; técnica alternativa; igualdade.

⁷⁶ Doutora em Direito; docente de Direito Penal e de Processo Penal na Universidade Portucalense e investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, na linha “Dimensions of Human Rights”, UPT/IJP, Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, 4200-072 Porto, Portugal;

1. Enquadramento da questão

Desde a entrada em vigor da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (que pela primeira vez regulou a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida), que o recurso a estas técnicas esteve reservado apenas às pessoas casadas, que não se encontrassem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou às que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos. Quatro anos mais tarde, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo passou a ser legalmente possível com a entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, tendo produzido uma alteração no conceito de casamento. Entende-se por casamento “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Assim resulta do disposto no artigo 1577.º do Código Civil⁷⁷. Esta modificação marcou uma inconformidade, não facilmente resolúvel, entre a finalidade do casamento de “constituição de família” e a vontade dos casais do mesmo sexo de terem filhos.

A legislação de 2006 subordinava o uso das técnicas de PMA (adiante designada por PMA) ao diagnóstico de infertilidade ou ao tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, portanto, a fins de natureza subsidiária de procriação e não alternativa. Por sua vez, os casais homossexuais, dadas as contingências de ordem biológica, não estão capazes de alcançar a reprodução pela via tradicional, condicionante que é impeditiva de constituição de família e do desempenho de um dos papéis inerentes ao casamento. Por outras palavras, a Lei da procriação medicamente assistida, através da delimitação do seu âmbito de aplicação, manteve o referencial heterossexual e da descendência ligada ao casamento ou à união de facto, assente em um modelo familiar tradicional biparental. Casais homossexuais, mesmo que com ligação duradoura e estável, bem como mulheres ou homens sós não tinham cabimento no quadro legislativo das técnicas de procriação medicamente assistida.

⁷⁷ O mesmo normativo, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 47334, publicado no então Diário do Governo, I série, de 25 de Novembro de 1966, preceituava: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida”, conceito que sofreu alteração com o Decreto-Lei n.º 496/77, publicado no Diário da República, de 25 de Novembro de 1977, I série, suplemento, passando a constar do artigo 1577.º do Código Civil que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”.

2. Trajectória: de um problema de saúde sexual e reprodutiva à mera artificialidade das técnicas de PMA

2.1. A lei da PMA veio dar resposta essencialmente a problemas de infertilidade dos casais heterossexuais. Segundo a Organização Mundial de Saúde a infertilidade consiste na “ausência de gravidez após dois anos de relações sexuais regulares e sem uso de contraceção”⁷⁸, considerando-a “um problema de saúde pública”⁷⁹. Por via desta perspectiva, a infertilidade é reconduzível a um problema da área de saúde sexual e reprodutiva e assume carácter médico/clínico. Tanto assim que a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, definiu, no artigo 4.º, como condições de admissibilidade ser “um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”, acrescentando que a “utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, ou seja, é um método terapêutico subsidiário. Portanto, as técnicas da PMA tinham por finalidade resolver um problema clínico – infertilidade – que depois se alargou a situações clínicas particulares – tratamento de doença grave ou o risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa.

O artigo 6.º veio elencar os possíveis beneficiários: “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA”. Sem qualquer tipo de rodeios, o legislador impediu que a PMA, fosse em que situação fosse, viesse a ter um carácter alternativo de procriação. Ora, estando inviabilizada biologicamente a reprodução natural nos casais homossexuais e no caso de pessoas singularmente consideradas, dada a natureza destas técnicas, ficou definitivamente afastada qualquer possibilidade de procriação artificial humana neste circunstancialismo.

2.2. Todavia, a manutenção deste tipo de restrição ao acesso da PMA acabou por criar dificuldades insuperáveis aos casais homossexuais sobretudo a partir da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo operada com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio. É que, se de um lado, é elemento do casamento a “constituição de família”, do outro, legalmente a procriação medicamente assistida não é permitida como método substitutivo da impossibilidade da chamada descendência natural nestes casos. Os avanços tecnológicos na área biomédica estavam reservados para o culturalmente

⁷⁸ Esta noção foi extraída de (2008). *Saúde Reprodutiva. Infertilidade*. Orientações da Direcção-Geral da Saúde. Programa Nacional de Saúde Reprodutiva. Lisboa: DGS, p. 7. [consulta em: 07/03/2017]. <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf>>. Acrescenta o mesmo documento que, após um ano, devem procurar-se os motivos da infertilidade, por via da realização de uma avaliação do caso concreto.

⁷⁹ *Idem*, p. 6.

adquirido como sendo a regra natural da procriação entre um homem e uma mulher.

Perante o desfasamento de tratamento entre casais heterossexuais e homossexuais, a propósito de projectos de lei apresentados na Assembleia da República, em 2012, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida⁸⁰, veio esclarecer o seguinte:

“A motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção — a não ser que se estivesse no domínio de patologia que pode ocorrer em qualquer situação — de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser. Logo, pode haver outras razões que determinem diferenças de tratamento consoante as diferentes situações em que se inserem as pessoas que recorrem às técnicas de PMA, mas a alegação de instrumentalização é inaplicável ou, em alternativa, igualmente aplicável, sem diferenciações, a quaisquer delas, sejam os interessados casados, em união, em vida singular, heterossexuais ou homossexuais. (...) quando o Estado não apenas seleciona de forma discriminatória o acesso aos serviços que presta, como proíbe e sanciona pessoas por recorrerem às técnicas de PMA, mesmo recorrendo a recursos próprios e meios privados, deve, dada a importância e gravidade da afetação das opções e da autonomia das pessoas abrangidas pela exclusão e pela proibição, apresentar uma justificação ponderosa para o fazer. No caso, esta condição não parece, até ao momento, satisfeita”.

Por constituir uma limitação à autonomia individual não é curial que se vede o acesso às técnicas laboratoriais de procriação a casais do mesmo sexo, discriminando estes no que respeita à existência do seu projecto parental.

80 Parecer 63/CNECV/2012, de 26 de Março (2012). Procriação medicamente assistida e gestação de substituição. Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação medicamente assistida e gestação de substituição, p. 7. [consulta em: 09/03/2017]. <www.cnecv.pt/.../1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>. Este Parecer foi elaborado a pedido da Assembleia da República, referente a dois projectos legislativos apresentados por deputados do PS e deputados do PSD — 131/XII e 138/XII). Na p. 12 deste Parecer lê-se: “O CNECV considera que a exclusão do acesso às técnicas de PMA às pessoas que não se encontrem casadas com pessoas de sexo diferente ou em uniões análogas com pessoas de sexo diferente e, sobretudo, a proibição e sanção desse acesso a pessoas que o pretendam fazer através de recursos próprios constituem uma limitação tão séria da autonomia das pessoas que só não merecerá censura ética caso tenha uma justificação igualmente ponderosa. O CNECV considera que, não tendo os proponentes dos projectos de lei em apreciação apresentado, até agora, razões justificativas suficientes para fundamentar aquela exclusão e, ainda menos, a sua proibição e sanção, tal justificação deverá ser apresentada”.

“É fundamental que todos sejam livres para decidir se querem ter filhos e quando os querem ter, estando conscientes de todos os fatores que podem facilitar ou dificultar a concretização desse objetivo”, segundo a Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução⁸¹.

O procedimento discriminatório relativamente aos beneficiários favorecia a deslocação a países estrangeiros para realização da PMA, colocando em causa o princípio da equidade.

O respeito pelo princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA acabou por se efectivar, ainda que parcialmente, em Junho de 2016, com a aprovação do alargamento dos beneficiários às técnicas de PMA, assegurando também o seu acesso a todas as mulheres, por meio da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho⁸². Na nova redacção do artigo 4.º, o recurso às técnicas de PMA continua a ser um método subsidiário, e não alternativo, de procriação. Todavia, para além do diagnóstico de infertilidade ou de tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, as técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Agora, as técnicas de PMA estão ao alcance de casais de sexo diferente e de casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como de todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual. Esta é a grande novidade. Neste caso, em conformidade com o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro, as técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros próprios, públicos ou privados, devidamente autorizados pelo Ministério da Saúde, depois de ouvido o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida⁸³. Privilegia-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica de PMA, nomeadamente a fertilização *in vitro*. Em caso de casais de mulheres, a decisão relativa ao membro do casal que é submetido a inseminação artificial ou fertilização *in vitro* cabe a ambos os elementos, a não ser que exista uma razão clínica ponderosa que não aconselhe a realização da técnica de PMA a essa mulher. Nas situações em que exista indicação médica para a doação simultânea de ovócitos e espermatozoides doados por terceiros deve privilegiar-se o recurso à doação de embriões. Independentemente do beneficiário ser casal de sexo diferente, casal de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira, pode ser necessário proceder a uma avaliação psicológica prévia, a realizar por médico especialista em psiquiatria ou por psicólogo clínico, se esse for o entendimento do director do

⁸¹ Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução [consulta em: 10/03/2017].
<<http://www.spmr.pt/>>

⁸² Procedendo à segunda alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸³ A aplicação das técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punida criminalmente com pena de prisão até 3 anos.

centro de PMA; nesse caso deve este declarar tal necessidade ao beneficiário, não podendo a referida avaliação ser realizada sem o consentimento prévio deste último. A recusa da avaliação pelo pretense beneficiário pode fundamentar a não autorização da aplicação das técnicas de PMA pelo director do centro. No serviço nacional de saúde não é permitido ao casal de mulheres submeter-se em simultâneo a tratamentos de PMA. A referência no serviço nacional de saúde dos casais de sexo diferente, casais de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira, é efectuada pelos cuidados de saúde primários ou entidades hospitalares do serviço nacional de saúde para os Centros de PMA que integrem a rede de referência. As consultas e actos complementares prescritos no serviço nacional de saúde no âmbito da PMA a casais de sexo diferente, casais de mulheres ou mulheres sem parceiro ou parceira consideram-se actos prestados no âmbito do planeamento familiar para efeitos da aplicação de taxas moderadoras.

2.3. A solução legal acabada de apresentar não dá solução ao projecto constitutivo de família e procriativo de casais homossexuais de homens que, dadas as circunstâncias, a biologia, a anatomia e a fisiologia humana, também lhes não permite procriar pelos meios tradicionais, tanto os casados, como os que vivam em união de facto, como os sem parceiro. Esta situação quando comparada com a situação legalmente prevista para as mulheres é excludente dos homens. E os homens podem ter a mesma vocação parental e as mesmas competências educacionais que as mulheres. Longe vai o tempo de se achar que a parentalidade é essencialmente *coisa de mulher*. A realidade vem demonstrando que o invocado *instinto maternal* não é um dado evidente nem incontestado. A parentalidade exercida por mulheres ou homens assenta em um projecto de vida em vigor, na vontade autêntica de ter filhos, de os amar, de os cuidar e de os criar, na organização relacional e ou pessoal e na aptidão individual.

As técnicas da PMA são isso mesmo, técnicas que têm o dom de, por meio da manipulação de material genético, dar filhos a quem os não pode ter fruto do tradicional acto sexual. Do nosso ponto de vista os procedimentos de PMA engendram a reprodução por meios artificiais para responder a problemas específicos de incapacidade procriativa daqueles que pretendem ser pais.

Quais os termos de equiparação legal no caso de se tratar de dois homens ou de um homem só? A gestação de substituição, ou seja, a utilização do

corpo de uma mulher que, não sendo beneficiária da técnica, auxilia altruisticamente a concretização do um projecto parental.⁸⁴ Trata-se de uma matéria que é difícil, desde logo porque pressupõe a compatibilização de direitos fundamentais, como o de constituir família, de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, da autonomia privada, de disposição do próprio corpo, cuja robustez é encabeçada pelo princípio do superior interesse da criança, e que se bate com posturas tradicionalistas sobre a família e reprodução sexual⁸⁵.

Não se trata de matéria pacífica, dada a sua sensibilidade e polemicidade. Basta atentarmos no teor do ponto 115 da Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de Dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria (2015/2229(INI)) que, na parte respeitante aos “direitos das mulheres e das raparigas”,

“Condena a prática de gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos”⁸⁶.

⁸⁴ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, afirmou (p. 15): “As interações éticas focam-se nas questões do respeito pela dignidade da gestante, da instrumentalização do seu corpo, da quebra da ligação entre gestação, maternidade e paternidade, bem como na realização do superior interesse do nascituro e da criança. Importa ainda questionar os limites a reconhecer no âmbito da aplicação das tecnologias disponíveis e a fronteira entre os cuidados de saúde a assegurar obrigatoriamente pelo Estado e a mera realização de uma vontade individual”. O Conselho considerou não justificável “do ponto de vista ético, a alteração do regime jurídico da gestação de substituição nos termos propostos pela iniciativa legislativa” (p. 18, em relação ao projecto de Lei 36/XIII (1ª) apresentado pelo Bloco de Esquerda sobre legalização da gestação de substituição). Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, (2016). Parecer 87/CNECV/2016 de 11 de Março [consulta em: 11/03/2017].

<www.cnecv.pt/.../1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf>

⁸⁵ “O alargamento do acesso às técnicas traz consigo um empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”, assim o afirmou Antunes, J. L., (2016) [consulta em: 12/03/2017]. *apud* <<https://personagratablog.wordpress.com/2016/03/21/pma-joao-lobo-antunes-preocupado-com-matriz-cultural-da-familia/>> (divulgado em 21.Março. 2016).

⁸⁶ Resolução do Parlamento Europeu de 17 de Dezembro de 2015 sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria (2015/2229(INI)), [consulta em: 17/03/2017]. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//PT>>

Acresce a existência de uma proposta de Resolução, datada de 15 de Abril de 2016, apresentada sobre o risco que a maternidade de substituição comporta para os direitos da mulher e da criança. O Parlamento Europeu, tendo em conta o artigo 133.º do seu Regimento,

“A. Considerando a prática da maternidade de substituição, mediante a qual uma mulher leva uma gravidez até ao fim, gratuitamente ou mediante compensação, por conta de outrem;

B. Considerando que a maternidade de substituição é autorizada em alguns Estados-Membros, como a Bélgica e o Reino Unido, sendo proibida noutros, nomeadamente em Itália pela Lei n.º 40/2004, e que, no entanto, é cada vez maior o número de casais heterossexuais e homossexuais que, não podendo recorrer à maternidade de substituição nos seus países, se dirigem a instituições no estrangeiro, sobretudo na Rússia e na Ucrânia;

C. Considerando que na sua resolução, de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União Europeia nesta matéria, o Parlamento Europeu condena a prática da maternidade de substituição;

1. Solicita à Comissão que defina uma proteção jurídica a nível da União para os indivíduos, atuais e futuros, nascidos com recurso a maternidade de substituição;

2. Solicita igualmente à Comissão que verifique se a legislação relativa à maternidade de substituição em vigor nos Estados-Membros em que a mesma é autorizada é compatível com a legislação da UE em matéria de proteção dos direitos da mulher e da criança⁸⁷.

Com a legalização da PMA para todas as mulheres, independentemente do seu estado civil ou da sua orientação sexual ficou superada a discussão sobre a legitimidade da intervenção médica nos casos da chamada “infertilidade social”⁸⁸, de resto, a imposição de soluções, em alternativa, como a adoção ou a manutenção de relações sexuais com outrem do sexo diferente está para além do razoavelmente exigível.

2.4. O artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, no seu número 2, definia maternidade de substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, acrescentando que o vício da nulidade enfermaria qualquer

⁸⁷ Parlamento Europeu, Proposta de Resolução (2016). [consulta em: 17/03/2017]. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0694+0+DOC+XML+V0//PT>>

⁸⁸ Veja-se sobre a infertilidade social, Guimarães, J. M., (2012). “As dificuldades do acesso de casais homossexuais à Procriação Medicamente Assistida”, Direito da Saúde e Bioética, FDUNL, 1-17 (em especial pp. 12-15). [consulta em: 02/03/2017]. <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_15762.pdf>

negócio jurídico nesta sede, fosse gratuito ou oneroso. A nova redacção deste normativo, dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto⁸⁹, altera a epígrafe que, de maternidade de substituição, passa para gestação de substituição⁹⁰ e mantém o conceito. Acrescenta que a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e desde que gratuitos, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. A enunciação das situações passíveis de autorizar, sem qualquer tipo de censura, a gestação de substituição, manifesta o intuito de que esta assuma forma de suprir deficiências de saúde reprodutiva da mulher. O que deixa de fora o projecto de parentalidade dos homens homossexuais. Todavia, o inalienável direito de todos os cidadãos à felicidade (tal como resultou da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de Julho 1776: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*)⁹¹ e que, na nossa ordem jurídica, se concretiza enquanto dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo, leva a que a gestação de substituição ultrapasse o âmbito dos motivos clínicos.

O preceito legal (artigo 8.º) é limitativo, mas a interpretação mais conforme com o princípio da igualdade de tratamento, será o de considerar, na expressão “situações clínicas que o justifiquem”, todos os casos de impossibilidade biologicamente justificada de reprodução pela via tradicional⁹². Por que podem duas mulheres casadas ou em união de facto recorrer às técnicas de PMA com vista à concretização de um projecto familiar e dois homens

⁸⁹ Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida).

⁹⁰ Expressão mais própria que a de maternidade de substituição pois que maternidade tem uma carga emocional, afectiva e ligacional ao filho que virá a nascer, que a gestação pura e simples não acolhe.

⁹¹ Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. [consulta em: 18/03/2017]. <<http://www.ushistory.org/DECLARATION/document/>>. Tradução nossa: Consideramos que essas verdades são evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos Direitos inalienáveis, entre os quais estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.

⁹² “O reconhecimento médico da “infertilidade social” poderá servir de base para a legitimação do acesso à PMA, que poderá ajudar a combater a discriminação de que são alvo os casais homossexuais e ajudar a que mais crianças sejam planeadas e concebidas em meios familiares estáveis, por pessoas que desejam realizar o natural sonho da maternidade/paternidade”, afirma Guimarães, J. M., (2012). “As dificuldades do acesso de casais homossexuais à Procriação Medicamente Assistida”, 1-17 (em especial p. 16). [consulta em: 02/03/2017]. <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_15762.pdf>

casados ou em união de facto não podem?⁹³ A PMA é factualmente um método auxiliar e complementar da procriação com o alargamento estendido a todas as mulheres, embora a lei não reconheça expressamente esta finalidade. Por que motivo a maternidade de substituição não pode funcionar com idêntica finalidade no que respeita aos homens?

Quais as condicionantes da maternidade de substituição?

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição tem carácter excepcional e depende de autorização prévia do conselho nacional de procriação medicamente assistida, entidade que supervisiona o processo, estando sujeita a audição prévia da ordem dos médicos e apenas pode ser concedida nas situações legalmente previstas. A gestante terá de actuar altruisticamente pois está impedida de receber qualquer tipo de pagamento ou doação de bens ou quantias dos beneficiários pela gestação da criança. Pode, no entanto, receber o valor das despesas, devidamente documentadas, relativas ao acompanhamento de saúde prestado e transportes. Está também interdita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas, seja de natureza laboral ou de prestação de serviços. Consubstancia a prática de um ilícito criminal a celebração de contratos de gestação de substituição, enquanto beneficiário, a título oneroso, punível com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso será punido com pena de multa até 240 dias. Todo aquele que promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos na lei será punível com pena de prisão até 2 anos. Também será punível com pena de prisão até 5 anos quem retire benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio.

⁹³ De acordo com inquéritos de opinião efectuados por Gago "A maternidade de substituição apresenta-se como uma técnica aceitável à procriação medicamente assistida, com 70% de concordância em caso de infertilidade e condições clínicas que a justifiquem. Contudo, ser unicamente subsidiária é discutível, uma vez que, 14 dos inquiridos indicaram também motivos não clínicos, entre os quais a produção independente e a homossexualidade, que remete para os beneficiários, condições de admissibilidade, e condições da maternidade de substituição. (...) Apesar de, alguns dos inquiridos ponderarem a possibilidade de recurso à maternidade de substituição, caso se justificasse, uma grande parte não se demonstrou capaz de ser gestante de substituição, apesar de, considerarem tal ato virtuoso. A adopção, apesar de não constar no questionário foi mencionada por 25% dos inquiridos como uma alternativa para o exercício da parentalidade". Gago, J. I. F., (2012). Maternidade de Substituição, legalidade e aplicabilidade, altruísmo e valor da vida humana. Tese de mestrado em Bioética, Universidade de Lisboa, Faculdade de Medicina. [consulta em: 15/03/2017]. <repositorio.ul.pt/bitstream/10451/8978/1/679073_Tese.pdf> (pp. 73 e 74).

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. No específico procedimento em que participe a gestante não poderá ser dadora de qualquer ovócito. Estes negócios são celebrados entre os interessados, por contrato escrito, supervisionados pelo conselho nacional de procriação medicamente assistida. Dos contratos têm de constar obrigatoriamente as regras a observar caso ocorram malformações ou doenças fetais ou eventual interrupção voluntária da gravidez. Não pode constar do contrato qualquer tipo de restrições ao comportamento da gestante ou imposição de normas atentatórias dos seus direitos, liberdade e dignidade. O desrespeito pelo conteúdo do contrato implica a nulidade. A criança que vier a nascer por este meio é havida como filha dos respetivos beneficiários⁹⁴. No assento de nascimento não pode, em caso algum, constar indicação de que a criança nasceu por força da aplicação de técnicas de PMA⁹⁵.

3. Notícias sobre a nova lei da PMA

3.1. Não pretendendo arrogar-nos conhecimentos de uma área que confesadamente não dominamos mas que assumidamente nos atrai, faremos uns breves apontamentos sobre as notícias que foram divulgadas sobre a nova Lei da PMA de 2016.

Existe um traçamento de critérios de noticiabilidade⁹⁶, sendo certo que existem diferenciados entendimentos sobre tais critérios. Apontamos alguns parâmetros referenciais que pensamos terem dado origem às notícias: actualidade, importância, impacto, interesse social e curiosidade do assunto.

Os jornalistas estão sujeitos a legislação própria, a Lei n.º 1/99, de 01 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 64/2007, de 06 de Novembro (conhecida pelo Estatuto do Jornalista) onde constam deveres enunciados no artigo 14.º, que impõem aos jornalistas o respeito pela ética profissional. Destacamos o dever de “informar com rigor e isenção, rejeitando o sensacionalismo e demarcando claramente os factos da opinião” ao lado do direito fundamental de “liberdade de expressão e de criação” previsto no artigo 6.º.

3.2. Elencamos alguns dos títulos publicados sobre esta matéria, sem carácter exaustivo:

94 Na Lei de 2006, a mulher que suportava uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

95 Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que procedeu à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁹⁶ Ver estes critérios, Silva, G., (2005). “Para pensar critérios de noticiabilidade”, Estudos em Jornalismo e Mídia, Vol. II N.º 1, 95-107. [consulta em: 18/03/2017].

<<http://200.144.189.42/ojs/index.php/estudos/article/viewFile/5931/5402>>

- *Barrigas Remax, não!*, in observador.pt / opinião, de 23.abril.2016
- *AR alarga PMA a mais mulheres e aprova gestação de substituição*, in <https://www.publico.pt>, de 13.maio.2016
- *Parlamento aprova “barrigas de aluguer” e procriação medicamente assistida*, in www.dn.pt, de 13.maio.2016
- *Parlamento aprova PMA para mais mulheres e a gestação de substituição*, in <https://www.publico.pt>, de 14.maio.2016
- *Veto de Marcelo abre oportunidade para revisão da lei*, in www.tvi24.iol.pt, de 08.junho.2016
- *Gestação de substituição aprovada. Presidente promulga*, in observador.pt, de 20.julho.2016
- *Barrigas de aluguer: uma precipitação legislativa*, in <https://www.publico.pt>, de 06.agosto.2016
- *Solteiras já recorreram à PMA antes de a lei estar regulamentada*, in www.dn.pt, de 06.novembro.2016
- *PMA: Movimento nas clínicas privadas de procriação assistida já é maior*, in www.tsf.pt, de 15.fevereiro.2017
- *Lei da gestação de substituição reforça discriminação contra casais lgbt*, in www.dnoticias.pt, de 02.março.2017
- *Lei da gestação de substituição reforça discriminação contra casais lgbt*, in www.tvi24.iol.pt, de 02.março.2017
- *Gays continuam a enfrentar “obstáculos” aos seus direitos reprodutivos*, in <https://www.publico.pt>, de 03.março.2017

3.3. Da amostra aqui reproduzida e da análise dos respectivos conteúdos noticiosos concluímos que se trata de uma matéria que acabou por ser abordada por vários órgãos de comunicação social mas que, apesar da sensibilidade, melindre, interesse, relevo e impacto que a matéria em causa suscita, a classe jornalística não deixou de respeitar o seu dever de informação⁹⁷. Fê-lo com isenção, rigor, objectividade e sem fazer grandes alarmismos em torno do assunto. Referenciamos este aspecto pois que o tema se prestava e presta a notícias de teor sensacionalista (como se verifica, aqui e ali, em determinados contextos, muitas vezes ditadas por motivos concorrenciais com outros órgãos de comunicação). Citamos Trigo, sobre a importância e o papel do jornalista no século XXI:

⁹⁷ Exceptua-se desta apreciação o artigo de opinião publicado pelo Observador.

“Curiosamente, é então esta proliferação imparável da concorrência que acaba, afinal, por alimentar a necessidade de continuar a haver Jornalistas. De facto, quanto maior a abundância de informação (há quem chame à Sociedade da Informação a Sociedade do Excesso de Informação), maior a necessidade de ajuda para se encontrar aquilo que se pretende, para se perceber a informação por detrás da notícia. Esta pode ser, no futuro, uma das tarefas do Jornalista: como que um sinaleiro no meio da intensidade do tráfego de informação”⁹⁸.

De outro lado, a diversidade de notícias sobre esta temática tem também o mérito de favorecer e proporcionar a reflexão e o debate e a virtude de auxiliar para a consciencialização da sociedade para as dificuldades que passam por quem simplesmente é diferente da maioria, por quem vive outras dimensões da procriação, fenómeno que para a maioria é um dado praticamente adquirido, simples e linear.

Afinal, a crítica, o comentário, a censura, o juízo de valor, a imputação de culpa ao outro é tão fácil... mas tão difícil a compreensão do sofrimento do outro e tão complicada a inclusão do semelhante.

Conclusão

A grandiosidade da vida humana, o seu surgimento e modos da sua materialização, não se compadecem com a veiculação de ideias feitas nem com confabulações. De resto, se é verdade que a vida de muitos se ficou a dever a um mero acaso, é fruto de um relacionamento sexual imponderado, espontâneo e até fugaz, a vida dos filhos de casais homossexuais é praticamente sempre resultado de um planeamento cuja concretização encontra pelo caminho variados obstáculos e dificuldades; mas é um acto de amor. Pelo respeito que a vida de todos merece só por si, pelo respeito pelo princípio da igualdade e pelo desrespeito que o preconceito deve colher, não hesitamos em defender o uso das técnicas de PMA e gestação de substituição como forma substitutiva, auxiliar e complementar da procriação sempre que a reprodução pelos meios ditos naturais não seja possível, haja ou não causa clínica, tal como sucede nos casais do mesmo sexo. Só deste modo poderá ser assegurado o direito efectivo à constituição de família dos casais homossexuais, sejam mulheres ou homens. Se a PMA dá resposta às mulheres, já não o faz em relação aos homens, o que poderá vir a encontrar solução na gestação de substituição. A lei não deve buscar problemas, deve procurar, antes, soluções. De resto, a manter-se este panorama, os homens (casais ou sem parceiro) são tratados de forma desigual às mulheres (casais ou sem parceiro). Tal situação não se concilia com a Lei n.º 9/2010, que

⁹⁸ Trigo, V. M., “Jornalistas para quê, na Sociedade da Informação?”, p. 6. [consulta em: 20/03/2017]. <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id546/3.19_vasco%20trigo_070626.pdf>

autoriza o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, nem com a respectiva finalidade do casamento de “constituir família”. Pelo que a trajectória se faz passando de um problema de saúde sexual e reprodutiva à mera artificialidade das técnicas de PMA, assegurando-se a reprodução por meios artificiais, de modo a responder a problemas específicos de incapacidade procriativa daqueles que verdadeira e realmente pretendem ser pais.

Esta matéria mereceu espaço noticioso na imprensa portuguesa. Apesar da sua sensibilidade e importância, os jornalistas não deixaram de cumprir o dever de informação, com critérios de isenção, rigor e objectividade, evitando sensacionalismos. A informação é uma ferramenta essencial para proporcionar a reflexão, o debate e a consciencialização de todos sobre as dificuldades de constituição de família por parte de quem é homossexual, seja casado, em união de facto, ou só, e do auxiliar que podem ser as técnicas de procriação e a gestação de substituição.

Bibliografia

- Antunes, J. L., (2016) [consulta em: 12/03/2017]. *apud* <<https://personagratablog.wordpress.com/2016/03/21/pma-joao-lobo-antunes-preocupado-com-matriz-cultural-da-familia/>> (divulgado em 21.Março. 2016)
- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, (2016). Parecer 87/CNECV/2016 de 11 de Março [consulta em: 11/03/2017]. <www.cnecv.pt/.../1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf>
- Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. [consulta em: 18/03/2017]. <<http://www.ushistory.org/DECLARATION/document/>>
- Gago, J. I. F., (2012). Maternidade de Substituição, legalidade e aplicabilidade, altruísmo e valor da vida humana. Tese de mestrado em Bioética, Universidade de Lisboa, Faculdade de Medicina. [consulta em: 15/03/2017]. <repositorio.ul.pt/bitstream/10451/8978/1/679073_Tese.pdf>
- Guimarães, J. M., (2012). “As dificuldades do acesso de casais homossexuais à Procriação Medicamente Assistida”, Direito da Saúde e Bioética, FDUNL, 1-17. [consulta em: 02/03/2017]. <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_15762.pdf>

- Parecer 63/CNECV/2012, de 26 de Março (2012). Procriação medicamente assistida e gestação de substituição. Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação medicamente assistida e gestação de substituição, p. 7. [consulta em: 09/03/2017]. <www.cnecv.pt/.../1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>
- Parlamento Europeu, Proposta de Resolução (2016). [consulta em: 17/03/2017]. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0694+0+DOC+XML+Vo//PT>>
- Resolução do Parlamento Europeu de 17 de Dezembro de 2015 sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria (2015/2229(INI)), [consulta em: 17/03/2017]. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+Vo//PT>>
- Saúde Reprodutiva. Infertilidade. (2008). Orientações da Direcção-Geral da Saúde. Programa Nacional de Saúde Reprodutiva. Lisboa: DGS, p. 7. [consulta em: 07/03/2017]. <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/io09862.pdf>>
- Silva, G., (2005). “Para pensar critérios de noticiabilidade”, Estudos em Jornalismo e Mídia, Vol. II N.º 1, pp. 95-107. [consulta em: 18/03/2017]. <<http://200.144.189.42/ojs/index.php/estudos/article/viewFile/5931/5402>>
- Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução [consulta em: 10/03/2017]. <<http://www.spmr.pt/>>
- Trigo, V. M., “Jornalistas para quê, na Sociedade da Informação?”. [consulta em: 20/03/2017]. <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id546/3.19_vasco%20trigo_070626.pdf>