

COLÓQUIO INTERNACIONAL

Que futuro para a gestação de substituição em Portugal?

22 · JUNHO · 2018

COORDENAÇÃO

MARIA JOÃO ANTUNES

MARGARIDA SILVESTRE





I
•
J

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades da Área de Investigação “Risco, transparência e litigiosidade”, integrada no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito”, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (UID/DIR/04643/2013).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

geral@ij.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-49-5 - Versão impressa
978-989-9075-36-8 - E-book

DEPÓSITO LEGAL

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

© DEZEMBRO 2018

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COLÓQUIO INTERNACIONAL
**QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO
DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL?**

22 · junho · 2018

COORDENAÇÃO

MARIA JOÃO ANTUNES

MARGARIDA SILVESTRE



Colóquio Internacional - 22 de junho de 2018

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Sala 9

Programa

9.30 – Abertura do secretariado

10.00 – Sessão de abertura

10.30 – 1ª sessão – The history and potential future of UK surrogacy laws

Moderador: Prof. Doutor Pedro Xavier (Presidente da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução)

Orador: Prof.ª Doutora Kirsty Horsey (University of Kent, UK)

11.00 – Discussão

11.30 - Intervalo

11.45 – 2ª sessão - Gestão de Substituição – o Acórdão do Tribunal Constitucional

Moderador: Prof. Doutor Aroso Linhares (Presidente do Instituto Jurídico da FDUC)

Orador: Prof. Doutor Moura Ramos (FDUC)

12.30 – Discussão

14.30 – 3ª sessão: O Acórdão do Tribunal Constitucional – análise crítica

Moderador: Prof. Doutor Vieira de Andrade (FDUC)

Oradores: Prof. Doutor Joaquim Sousa Ribeiro (FDUC) e Prof. Doutor Miguel Oliveira da Silva (Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa)

Comentadores: Prof.ª Doutora Margarida Silvestre (FMUC) e Prof. Doutor João Loureiro (FDUC)

16.00 – Discussão

16.30 Intervalo

16.45 – 4ª sessão: Bases generales para la regulación en España de la Gestión por Sustitución

Moderador: Prof.ª Doutora Teresa Almeida Santos (FMUC)

Orador: Prof. Doutor Alfonso de La Fuente (Universidad Complutense de Madrid)

17. 15 – Discussão

17. 45 – Sessão de encerramento. Apresentação de conclusões (Eduardo Figueiredo/Karoline Tavares Vitali, mestrandos da FDUC)

Que futuro para a gestação de substituição em Portugal?

ÍNDICE

NOTA INTRODUTÓRIA.....	9
<i>Maria João Antunes Margarida Silvestre</i>	
THE HISTORY AND POTENTIAL FUTURE OF UK SURROGACY LAWS.....	11
<i>Kirsty Horsey</i>	
BREVE ANÁLISE DE DUAS QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: O DIREITO AO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO E O ANONIMATO DOS DADORES	25
<i>Joaquim de Sousa Ribeiro</i>	
QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL? UM COMENTÁRIO	43
<i>Margarida Silvestre</i>	
QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL? UM OLHAR BIOÉTICO	49
<i>Miguel Oliveira da Silva</i>	
“QUIS SABER QUEM SOU”: DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E PROcriação medicamente assistida entre a ocultação mimética e a revelação aletéica. EM DIÁLOGO COM MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA	63
<i>João Carlos Loureiro</i>	
PROPOSTA DE BASES GERAIS PARA O REGULAMENTO DA GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM ESPANHA PROPUESTA DE BASES GENERALES PARA LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	109
<i>L. Alfonso de la Fuente Hernandez</i>	
REFLEXÕES EM TORNO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DO COLÓQUIO INTERNACIONAL "QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL?"	117
<i>Eduardo António da Silva Figueiredo Karoline Tavares Vitali</i>	
ACÓRDÃO N.º 225/2018	143

NOTA INTRODUTÓRIA

O Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, foi o pretexto e o contexto do Colóquio Internacional *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, que teve lugar no dia 22 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por iniciativa conjunta do Instituto de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (área de investigação *Risco, Transparência e Litigiosidade*).

Expressamos o nosso agradecimento a todos os que marcaram presença no evento — aos oradores, aos comentadores, aos moderadores, aos mestrandos que apresentaram conclusões e aos que a ele assistiram. Marcaram presença com os olhos postos no futuro da gestação de substituição em Portugal e em outros lugares e, no futuro, porque não dizê-lo, da procriação medicamente assistida.

A organização de qualquer evento conta sempre com o contributo inestimável de quem não aparece nos cartazes e programas que o divulgam. O nosso muito obrigada aos Laboratórios Gedeon Richter Portugal s.A. e Ferring Portuguesa Lda. e às Senhoras Dras. Vera Almeida e Cristiana Almeida Rosa.

Maria João Antunes · Margarida Silvestre

THE HISTORY AND POTENTIAL FUTURE OF UK SURROGACY LAWS

Kirsty Horsey

Reader in Law

Kent Law School, University of Kent

UK surrogacy regulation

Surrogacy is not prohibited in the United Kingdom — though it has been regulated for over 30 years, since the Surrogacy Arrangements Act (SAA) 1985. This legislation was passed in part as a reaction to the Warnock Report of 1984,¹ which came out against surrogacy (especially commercial surrogacy, in the light of the ‘Baby Cotton’ case)² and wanted to see the practice discouraged: that’s what the law reflects. The Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 1990 later added the

¹ *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* Cm 9314 (1984) (London: HMSO).

² *Re C (a minor)* [1985] FLR 846. Kim Cotton, often thought of as the UK’s ‘first’ surrogate, gave birth to a baby girl for a couple and received £6,500. The child was made a ward of court until her future was decided by the family courts, and Kim Cotton was investigated by Scotland Yard. Kim Cotton went on to establish COTS (Childlessness Overcome Through Surrogacy) in 1988, the UK’s first non-profit organisation designed to help and advise surrogates and intended parents.

provision that all surrogacy arrangements are unenforceable and also created the parental order mechanism.

A parental order is a court order that allows legal parenthood (which at birth rests with the surrogate and, in most cases, her spouse or partner)³ to be transferred to the intending parents (IPs), providing certain criteria are met.⁴ This is the case wherever in the world the surrogacy arrangement is entered into, even in a jurisdiction that provides the IPs names on the child's birth certificate. The IPs would still not be recognised as the legal parents under UK law and would have to (if they were eligible) apply for a parental order. One exception is that where a surrogate is *unmarried* and the intending father is also the genetic father, if the surrogate agrees, he may be named as the legal father from birth, and have his name on the birth certificate.

Little else has changed over 30 years, legally speaking — other than some changes introduced by a new HFE Act in 2008, which extended the category of people able to apply for a parental order, to include those in civil partnerships (which had been possible in the UK since the Civil Partnership Act 2004) and non-married couples in an 'enduring family relationship'.

Payments between IPs and surrogates are not illegal, though supposedly carry a sanction in that those who pay surrogates 'too much' may not be entitled to a parental order.⁵ Payments of a commercial nature are technically illegal, as is brokerage of arrangements for money, each carrying potential criminal penalties of a large fine and/or imprisonment.⁶ Commercial advertising either for or as a surrogate is also criminalised.⁷ This means that commercial agencies, brokers and other intermediaries may not (officially) exist, precluding a Californian model of surrogacy from operating. However, obviously (and rightly) family lawyers can take payment when they are consulted for advice and non-profit agencies can charge reasonable fees for

³ The definition of legal motherhood is now found in S33 Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

⁴ The parental order criteria are now found in S54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

⁵ S54(8).

⁶ SAA 1985, ss.2 and 4.

⁷ SAA, S3.

the information, advice and matching potentials they offer, in recognition of the value of such organisations.

Over the same timescale the landscape of surrogacy has changed — for example, the development of the internet has increased access to information, and the availability of cheap flights has opened up the possibility of getting easily to other jurisdictions where surrogacy arrangements might be entered into. Other nations have opened their borders and clinics. Aside from potential ethical concerns about some of these international practices, this brings practical problems — including immigration issues and problems acquiring legal parenthood.

Parental Orders

To be able to become a legal parent following surrogacy, IPS must obtain a (post-birth) parental order. A new birth certificate will be issued for the child(ren) if the conditions specified in the legislation are met. However, it is not compulsory to apply for an order, and not everyone will be entitled to one. The only alternative would be adoption, but this path may be difficult if the child has been born from a surrogacy arrangement, particularly if any money changed hands. This probably means that there are a number of children in the UK being brought up by people who are not their legal parents and who they potentially have no legal relationship with (although some may have applied for a child arrangements order giving them (joint with the surrogate) parental responsibility for the child(ren)).

A parental order can be granted when the following criteria are met:

1. The application must be made by two people, at least one of whom must have provided gametes (and thus be genetically related to the child),⁸

⁸ Note that this criterion is set to be expanded, following a High Court case (*Re Z (no.2)* [2016] EWHC 1191 (Fam)) in relation to an application made by a single man, which ruled that allowing only couples to apply was discriminatory and a violation of his Article 8 ECHR right to private and family life. A ‘remedial order’ (a process under the Human Rights Act 1998 that allows parts of incom-

2. They must be married, civil partners or in an ‘enduring family relationship’,
3. They must apply within six months of the child’s birth,
4. The child must be living with applicants, who must be domiciled in the UK, the Channel Islands or the Isle of Man,
5. The applicants must be over the age of 18,
6. The court must be satisfied that the surrogate (and her spouse/partner, where relevant) gave free, informed and unconditional consent to the making of the order,
7. Consent can be dispensed with if the surrogate cannot be found or lacks capacity; any consent is deemed to be invalid if it is given in the first six weeks after birth,
8. The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants, unless authorised by the court
9. All provisions apply wherever the child was born.

Most parental order applications are simple and are ‘rubber stamped’ in the lower family courts. However, some need to be seen in the High Court (Family Division), including all applications that relate to overseas arrangements. Sometimes, obtaining a parental order can take well over a year. The judges’ guiding principle, in considering whether or not to grant the order, is that the child(ren)’s lifelong welfare is paramount. For this reason, many of the criteria in S54 HFE Act 2008 have been circumvented by clever judicial interpretation.

Recent cases have helped highlight many problems with the law, especially the parental order criteria. Many cases are further complicated by international surrogacy, raising issues about children’s nationality, citizenship or immigration status. Judges have found some ways to circumvent the law, where to do so would be in the best interest of the child. For example, they have for many years retrospectively authorised payments (particularly in overseas commercial arrangements) that would seem

patible legislation to be rectified) was set before Parliament by the Government in November 2017 and was passed into law in January 2019. Single people are therefore now eligible to apply for a parental order, providing the other criteria are met.

to be in excess of what might be considered only ‘expenses’. They have extended the time limit in which applications for a PO can be made, saying that parliament cannot have intended there to be an absolute cut-off point beyond which legal parenthood cannot be possible. It was only in respect of single applicants that the court found itself unable to ‘read down’ the intentions of the law — though as we have seen this part of the law has been rectified in another way.

Surrogacy UK Working Group on Law Reform

After international surrogacy cases started being heard in the courts from about 2008, there was renewed (academic and public) interest in surrogacy. In 2014 there was an MP-led debate held in Westminster Hall questioning whether the law should be reformed, and a newspaper article published, quoting a High Court judge worrying that surrogacy was growing exponentially and uncontrollably, and (particularly the international aspects) was a ‘ticking timebomb’ waiting to go off, particularly in relation to the amount of people not obtaining parental orders.⁹ Because of all this, some of the trustees from Surrogacy UK, one of the UK’s non-profit surrogacy organisations, created a working group, to look at whether and how the law on surrogacy should be reformed.

Our research — in which we considered data from the parental order register, Cafcass,¹⁰ the passport office and the Ministry of Justice, among other sources — found nothing that could support either the cited number of annual surrogate births or the numbers said to be being born overseas.¹¹ What we did find — as others had before us — was that the *proportion* of overseas arrangements was increasing year on year. We also

⁹ Owen BOYCOTT, ‘Unregistered surrogate-born children creating ‘legal timebomb’, judge warns’ *The Guardian* 18 May 2015.

¹⁰ The Children and Family Court Advisory and Support Service.

¹¹ K. HORSEY, ‘Surrogacy in the UK: Myth busting and reform’ (20 November 2015), available at <<http://www.kent.ac.uk/law/research/projects/current/surrogacy/index.html>>.

discovered that all the data sources are incomplete and measure things differently — so what we know is that the data actually held by various agencies on surrogacy is patchy and does not tell us the true story.

The Working Group also wanted to give a voice to those involved in surrogacy — either as IPs, surrogates or professionals in the field — as well as to interrogate and dispel a number of pervasive ‘surrogacy myths’ that have informed debate in recent years and highlight the urgent need for reform. We were of the view that overseas surrogacy is potentially problematic and that ‘domestic’ surrogacy can work well and should be encouraged (including facilitation and recognition by the law). Overseas surrogacy is usually always commercial in nature, which goes against the underlying principles of the law. Moreover, while some destinations have ‘good’ systems for protecting surrogates and IPs, they can be very expensive (especially those in the US — even Canada to a lesser extent). Other destinations raise(d) more difficult ethical question — even where the clinical set up is good, can we really say there is no exploitation taking place (e.g. India, Thailand, Mexico and other destinations, all now closed to international intending parents). In addition, a turbulent international marketplace brings its own dangers — many intended parents found their surrogacy arrangements at the mercy of nature after the earthquake in Nepal, for instance. In practical terms international arrangements bring questions about obtaining citizenship, passports and immigration status for the children concerned, and there was found to be a lack of knowledge among some IPs that a parental order would still be needed if legal parenthood was to be acquired.¹²

The Working Group Report, published November 2015, concluded that the government needs to provide root and branch reform of surrogacy law and regulation in the UK, and made a series of recommendations to that effect, all with the underlying aim of protecting the best interests of children born via surrogacy.

¹² In fact Cafcass led a national online campaign on the importance of obtaining parental orders in 2016.

One of the things these recommendations were based on was a survey conducted by the Working Group. The (online) survey ran from June-August 2015 and achieved 434 responses. 111 of these were from surrogates, 206 were from IPs and 112 were ‘others’. Of the IPs, 65 were gay males, and 19 had entered into overseas surrogacy arrangements. The ‘others’ group contained 9 clinicians, 9 lawyers, 6 social workers and 15 academics/researchers. The remainder were generally either friends or family of people experiencing infertility or surrogacy, as well as potential future IPs. Others included clinic workers (including nurses, counsellors and administrators) and some people who had been affected by infertility in one way or another.

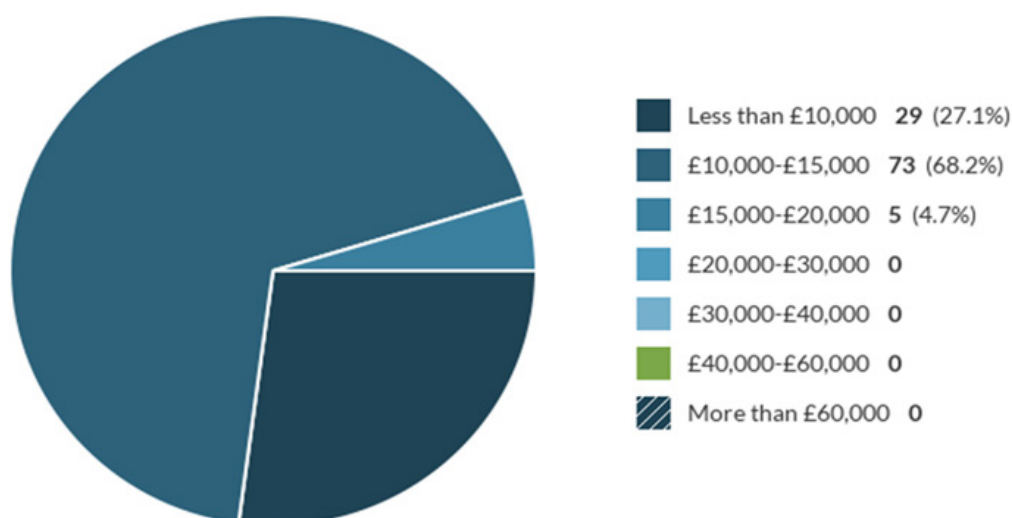
As far as we know, this was the largest survey of its kind — though it was not perfect as the respondents would have been largely self-selecting. There was probably a higher representation by Surrogacy UK members than any others (though it was shared through the members of the two main other non-profit organisations, as well as sent out widely via social media (including to groups of ‘independent’ surrogates) and mailing lists etc). We think it especially missed a proportion of those who went overseas. However — it does begin to give us a better picture of what exactly is going on in surrogacy in England and Wales (and to an extent, Scotland). But there is lots more analysis to do, especially qualitative analysis of the free text answers.

A snapshot of surrogacy in the UK

We found an extremely high level of ongoing contact between surrogates and the families they helped to create, according to responses from both surrogates and IPs who had undertaken surrogacy in the UK. There was also a high degree of openness: the vast majority of IPs either had told/were intending to tell their children how they were conceived, with most saying this would be before the children started school. This is encouraging, as we know from studies looking at children born following gamete donation that not everyone tells, but that children and families tend to fare better psychologically when there is openness.

When asked about parenthood, 64.9% of surrogates said they thought that the IPs should be the legal parents, even if not genetically related. Only four said that the surrogate should be the legal parent (and others fell somewhere in between — e.g. based on genetic relationships etc.).

When asked about costs, 104 surrogates told us that they received compensation for the expenses they incurred, but over 95% of these received less than £15,000. The figures are broken down in the following chart:



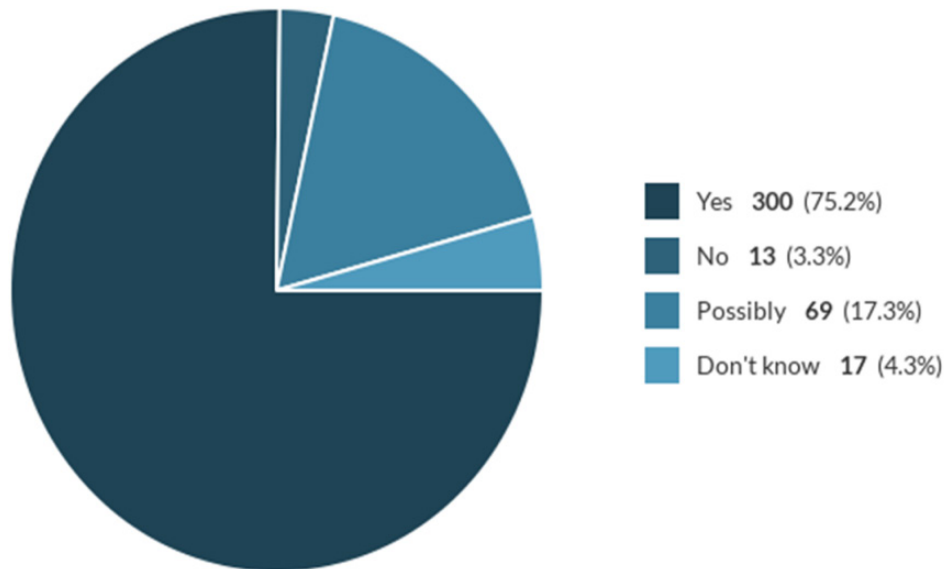
For payments (reimbursement) by IPs who used UK -based surrogates, we found that the highest *total* cost of an arrangement (including e.g. clinical, travel, legal and other costs) was £60,000. The sum paid to the surrogate herself ranged from £0 — £25,000, with the mean figure for the expenses paid being £10,589.

Nineteen of our respondents entered surrogacy arrangements overseas: 14 in the USA, three in India, two in Thailand and one in Nepal.¹³ Fourteen of the 19 were gay males, one was a single man and four were in heterosexual couples. The overall costs were unsurprisingly significantly higher for those IPs who had gone overseas for surrogacy, as was the mean average for surrogates' compensation (outside of clinical, legal, travel costs

¹³ Note there were 19 respondents but there had been 20 surrogacy arrangements. The three non-US destinations are now no longer freely available to IPs from the UK.

etc.). Fourteen of these respondents paid more than £60,000 in total. The amount paid to the surrogate ranged from £4,000 — £40,000, with the mean payment to surrogates being £17,375.

There was an overwhelming view among our respondents that surrogacy law should be reformed. Nearly 400 (399) of the total 434 respondents answered a general question on law reform ('Does surrogacy law need reforming?'), as reflected in the chart below:



The group with the highest proportion of respondents who supported reform were IPs who had been overseas, suggesting perhaps that legal barriers to successful surrogacy in the UK may push some people abroad. IPs who had been through surrogacy in the UK had the next highest proportion in support of reform (breaking down these responses by category of respondent gave the figures that can be seen in the table below). This too is perhaps not surprising given that many of the free text comments indicated that IPs feel poorly treated in the surrogacy system as a whole. Part of our group's recommendations included better information and training for clinics and hospital staff and others about surrogacy.¹⁴

¹⁴ This is now reflected in guidance issued by the Department of Health and Social Care in February 2018, following consultation with Surrogacy UK and other groups. There are two sets of guidance — one for (potential) IPs and surrogates ('The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales') and another for medics and other carers of surrogates and IPs ('Care in surrogacy: guidance for the

Table: Who wants to see reform?

	Surrogates		Partners		IPs (UK)		IPs (overseas)		Other	
	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%
Yes	73	65.7	4	80	131	70.1	16	84.2	76	67.9
No	5	4.5	0	0	4	2.1	1	5.3	3	2.7
Possibly	21	18.9	1	20	37	19.8	1	5.3	9	8
Don't know	10	9	0	0	2	1.1	1	5.3	4	3.6
No response	2	1.8	0	0	13	7	0	0	20	17.9
Total	111		5		187		19		112	

Key reasons why reform was thought necessary included the law being out of date, a perceived need for increased transparency about the system, a need to discourage people from going overseas for surrogacy and a feeling that the law does not reflect the realities of surrogacy as practised and understood by those who have been through it, particularly in respect of who the legal parents of surrogacy-born children are.¹⁵

The existing law is over 30 years old and although some modernising has taken place e.g. in terms of who now may apply for POs, it was widely felt that it does not reflect reality nor recognise the correct people as parents. The vast majority of our surrogate and IP respondents either disagreed or strongly disagreed that legal parenthood should rest with the surrogate (and her partner) and should only change after a parental order is granted, as is the case now. Most thought that IPs should be recognised as the legal parents at birth.

There was majority agreement in all groups for the statement “The current system does not assign parenthood to the correct

care of surrogates and intended parents in surrogate births in England and Wales’), both available at <<https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy>>.

¹⁵ Appendix 2 of our Report breaks these ideas down in charts by group (and more categories not mentioned here).

parties from birth”.¹⁶ More of an even spread of answers came from the statement “Surrogates should be allowed to receive payments, not just expenses”.¹⁷ The majority of the respondents were overwhelmingly in favour of the statement “Surrogacy contracts should be enforceable, except where the best interests of the child are not met”.¹⁸ We also found very high levels of support for “POs should be able to be pre-authorised (e.g. by a court) so they are effective from birth” and “Legal parenthood should automatically rest with the IPs at birth”.

In addition, there was strong support among all groups for the creation a regulatory body dealing with surrogacy. However, there was a push in the opposite direction in relation to the question of whether surrogacy agencies should be able to make profits. Nevertheless, there was a general feeling (not quite as strong) that people should be able to advertise for or as a surrogate. There was strong support among all groups that single people should be allowed to become legal parents through surrogacy and less strong but still strong support for ‘double donation’ IPs becoming legal parents (where neither IP can provide the gametes).

¹⁶ Surrogates — [104 responses] — 65 strongly agreed, 25 agreed, 3 disagreed and only 2 strongly disagreed — surrogates do not want to be recognised as the legal mother.

IPs (UK) — [182 responses] — 137 strongly agreed, 29 agreed, 2 disagreed and only 1 strongly disagreed — less surprising but IPs obviously want to be legal parents.

IPs (overseas) — [19 responses] — 13 strongly agreed, 3 agreed, 1 disagreed and one strongly disagreed.

Others — [110 responses] — 61 strongly, 24 agree, 4 disagree and 2 strongly disagree — might have expected more variation here, but the main difference is 11 ‘don’t know / don’t wish to answer’.

¹⁷ More surrogates disagreed/strongly disagreed than agreed — only 14 strongly agreed.

IPs (UK) — only 8 strongly agreed but 41 agreed, 39 neutral, 36 disagreed, 49 strongly disagreed.

Reversed in IPs overseas where 15 of the 19 agreed or strongly agreed.

¹⁸ Surrogates — 48 strongly agreed, 36 agreed, 5 disagreed and 6 strongly disagreed — most surrogates would enter enforceable contracts [we didn’t go into questions of autonomy etc — for follow up].

IPs (UK) — 92 strongly agreed, 55 agreed, 9 disagreed and only 3 strongly disagreed — less surprising again.

IPs (overseas) — 14 strongly agreed, 4 agreed, 1 disagreed and 1 strongly disagreed.

Others — 44 strongly agreed, 36 agreed, 3 disagreed and 7 strongly disagreed — we might have expected more variation here again.

Our recommendations

We concluded that there is no question that law reform is needed. For this reason and more, our report made a series of recommendations for legal reform. Though we cannot and do not claim to represent everyone who has been through surrogacy, we do have the voice/opinions representing a large section of the surrogacy world, particularly the ‘domestic’ side. It seems, from the sheer and unprecedented number of responses we obtained, that surrogates and IPs are happy about what they have done and how they have done it and want to share their experiences. But they would prefer a better legal framework which represents more accurately what happens in surrogacy and it is on this basis that we have urged the government to revisit surrogacy, in the best interests of the children and families concerned. We recommend the careful formulation of new and comprehensive legislation that recognises the value of surrogacy as a way of having children and helps to protect and facilitate the surrogacy in the UK, while preventing sharp practice.

Specifically, we recommended that:

- Reform must centre on the welfare of children/families.
- Existing data is inadequate — before reform happens it is important to take time to address this (and should also focus on how data is collected post-reform).
- The reform process should focus on why people go overseas for surrogacy, despite the risks. Why isn’t the UK always the 1st choice and how can we make it that?
- We should promote surrogacy as a relationship and not a transaction.
- We should continue to allow compensation/reimbursement of expenses for surrogates.
- We should consider ways of recognising IPs as legal parents at birth.
- Single people / double donation couples should be able to become parents through surrogacy.¹⁹
- Rules on surrogacy-related advertising and mediation

¹⁹ As explained above, for single people this change has already taken place.

of arrangements should be reviewed in context of non-profit organisations

- State agents involved (DOHSC, MOJ, Cafcass etc.) should produce better, clearer and joined-up guidance for those involved and professionals.²⁰

Our recommendations are premised on the primary assumption that the welfare of children born through surrogacy is paramount — and that the law is currently failing children in this regard, as judicial decisions have been showing, as well as researchers and other advocates for reform.²¹ Now, there is clear support for surrogacy as a means of family creation from the British government not only in the new Department of Health and Social Care guidance documents and the general message these send, but also in the language used in these and also when the government laid the remedial order (for single applicants for parental orders) before Parliament. For example, Philip Dunne, the then Minister, told parliament at that time that:

‘Surrogacy has an important role to play in our society, helping to create much-wanted families where that might not otherwise be possible. It enables relatives and friends to provide an altruistic gift to people who aren’t able to have a child themselves, and can help people to have their own genetically-related children. The UK Government recognises the value of this in the 21st century where family structures, attitudes and life-styles are much more diverse’.²²

This is very different from the permissive but discouraging tone of the original Surrogacy Arrangements Act has already taken place 1985.

²⁰ Again, as indicated above, this has already happened.

²¹ Including the findings of a longitudinal study of surrogacy families conducted by Susan Golombok et al. at the Cambridge University Centre for Family Research. See e.g. S. Golombok / E. Ilioi / L. Blake / G. Roman / V. Jadva (2017). A longitudinal study of families formed through reproductive donation: Parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14. *Developmental Psychology*.

²² Human Fertilisation & Embryology Act 2008: Remedial Order, Department of Health written statement HCWS282 — made on 29th November 2017. Available at <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Commons/2017-11-29/HCWS282/>.

Where are we now? What is the (potential) future of UK surrogacy laws?

We are happy that the law will change in favour of single people accessing surrogacy — but we believe that there is more to be done and a full review of the parental order system is necessary.

The Law Commission of England and Wales announced in December 2017 that surrogacy would be included in its 13th programme of law reform. In May 2018 it was confirmed that government funding had been secured to go ahead with the review (in conjunction with the Scottish Law Commission). This will entail a 2-3 years review, then a report to government, then hopefully potential draft new legislation. We welcome the Law Commission's review of surrogacy laws and will continue to make representations to its enquiry. It is important that any new proposals are fully debated — both in public and (eventually) in parliament — and that the views of the real people whose lives are affected are taken into account. What we are aiming for is the careful formulation of new and comprehensive legislation that recognises the value of surrogacy as a legitimate way of having children and helps to protect and facilitate the altruistic, compensatory nature of surrogacy in the UK, while preventing commercialisation and sharp practice.

The Working Group on Surrogacy Law Reform is involved in ongoing campaigning and advocacy work around surrogacy. We have undertaken a lot of parliamentary work, including getting a debate set up on surrogacy law reform in the House of Lords in December 2016,²³ ongoing meetings and discussion with Members of Parliament and Peers and the launch and support of an All-Party Parliamentary Group (APPG) on surrogacy. We are looking to update our 2015 Report three years on in November 2018.

²³ See Hansard report of the debate at <https://hansard.parliament.uk/Lords/2016-12-14/debates/39IAB95D-I999-4D52-A5DO-C9EF6CF44407/Surrogacy>.

BREVE ANÁLISE DE DUAS QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: O DIREITO AO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO E O ANONIMATO DOS DADORES

Joaquim de Sousa Ribeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Por razões de tempo, vou debruçar-me apenas sobre duas das questões tratadas no Acórdão n.º 225/2018 — seguramente as duas de solução mais problemática e de maior impacto na prática da procriação médica assistida (PMA).

Em primeiro lugar, a relevância do arrependimento da gestante de substituição para a determinação do vínculo de filiação. O Acórdão entendeu ser constitucionalmente exigível que o consentimento da gestante se mantenha atual ao longo de todo o processo, até à entrega da criança aos beneficiários, devendo a revogação do consentimento anteriormente prestado importar a aplicabilidade do critério geral de filiação consagrado no Código Civil.

Por a norma não admitir esta possibilidade, foi declarada a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (alínea *b*) da decisão).

A segunda questão a tratar tem a ver com a obrigação de sigilo quanto à identidade do dador e quanto ao próprio ato de PMA. A regra do anonimato, já prevista no artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, em relação à utilização das técnicas de PMA então admitidas, foi alargada às situações de gestação de substituição, pela Lei n.º 25/2016, que deu nova redação aos n.ºs 1 e 5 do mesmo artigo.

Pela alínea e) da decisão, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional tal imposição de sigilo. A decisão é tanto mais de destacar quanto é certo que contraria a anteriormente tomada, pelo Acórdão n.º 101/2009, sobre a mesma regra, na formulação então vigente.

Com as contextualizações indispensáveis, serão apenas esses dois os pontos em análise.

I. O estabelecimento da filiação em caso de arrependimento da gestante de substituição

2. O riquíssimo conteúdo argumentativo da fundamentação do Acórdão n.º 225/2018 desenrola-se, quanto à gestação de substituição, em dois planos ou fases. Num primeiro momento, esteve em juízo a *admissibilidade de princípio* deste processo reprodutivo. Concluiu o Tribunal Constitucional que, nem quanto à dignidade da gestante, nem quanto à dignidade da criança nascida na sequência do recurso a esta técnica, se poderá retirar da Constituição qualquer fundamento para a inconstitucionalidade da consagração legal do instituto.

Com esta posição, o Tribunal contradisse e entendeu improcedente, nesta parte, o pedido, no essencial dirigido a sustentar a imposição constitucional de uma *proibição absoluta* da gestação de substituição, tida como “uma verdadeira mercantilização do ser humano” e, como tal, “algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana”.

A posição do Tribunal quanto a esta questão prévia basilar foi alcançada com apoio numa soma, pouco menos do que exaustiva, de convincentes considerações estritamente jurídi-

co-constitucionais, em matéria muito delicada, de funda ressonância ética, em que facilmente vêm à tona pré-compreensões de natureza extraconstitucional.

3. Tendo chegado a essa conclusão primeira, pôde o Tribunal prosseguir para apreciação de “certos aspetos do regime da gestação de substituição lícita”.

Neste plano, decidiu o Acórdão que determinados pontos do regime, na sua configuração concreta, mereciam censura constitucional. Não estaria em causa o modelo português de gestação de substituição, em si mesmo considerado, mas “tão-somente certas soluções adotadas na sua concretização legislativa”. Entre essas soluções, contou-se a atribuição do vínculo da filiação aos pais intencionais, por via legal automática, pelo facto do nascimento, sem que o eventual arrependimento da gestante pudesse obstar à produção desse efeito.

Creio que esta separação entre o modelo e o regime que o concretiza é contestável, pois, ao fim e ao cabo, é a partir de um determinado regime que se pode construir o modelo que lhe corresponde. A afirmação é particularmente verdadeira no que diz respeito àquelas soluções legislativas que “marcam” o modelo, traduzindo uma opção identificadora e distintiva dos seus traços essenciais.

Difícilmente se poderá negar ser esse o caso do critério de determinação de paternidade da criança nascida por gestação de substituição. Não estamos perante um aspeto secundário e particular do regime, destacável do modelo, em si, e valorável de forma distinta. Pelo contrário. Em qualquer modelo de gestação de substituição, tendo em conta a razão de ser que a justifica, o critério de determinação da paternidade da criança assim gerada é um aspeto do regime decisivo para a sua identificação e caracterização. Daí que não possa pôr-se em causa a determinação do vínculo de filiação adotada pelo legislador português sem pôr em causa o modelo que este consagrou. A solução que o Acórdão teve por constitucionalmente admissível — a reposição, pelo menos num primeiro momento, do critério geral de filiação previsto no Código Civil, como consequência da revogação do consentimento da gestante — representa um outro modelo alternativo.

O *critério jurídico de paternidade* que fora adotado é o que mais longe e conseqüentemente leva o acolhimento pleno da natureza e do fim da gestação de substituição, que é o de se gerar uma criança, com gâmetas de ambos ou, pelo menos, de um dos pais intencionais, com o único desígnio de constituir uma relação de parentalidade protagonizada por estes.

O que a gestação de substituição tem de radicalmente inovador e próprio é o dissociar maternidade e gravidez: esta deixa de ser parte integrante e condição necessária daquela. O direito de arrependimento da gestante permite um volte-face que anula e reverte essa dissociação, repondo em vigor o padrão normalizado de que mãe é a mulher que gerou e deu à luz a criança.

Essa possível convergência de gravidez e maternidade, no termo de um processo que se finalizava ao objetivo contrário, elimina o traço essencial deste modelo pleno da gestação de substituição. Cria uma outra figura, mais ou menos próxima — “uma solução intermédia”, como o Acórdão designou o modelo britânico —, mas não se contém dentro do domínio concetual e funcional do tipo de gestação de substituição que o legislador português idealizou.

É óbvio que estas considerações não resolvem a questão de constitucionalidade, mas ajudam a precisar, com rigor e transparência, o significado e alcance da decisão que sobre ela recaia.

O entendimento que fez maioria aponta para um outro critério de atribuição da paternidade. Segundo esse entendimento, não basta que a gestante tenha expresso, até à implantação do embrião, a vontade de que a criança a nascer não seja tida como sua filha, mas antes dos beneficiários; é necessário ainda que, após o nascimento, e através da entrega, ela ratifique, como correspondente ao seu querer atual, essa disposição de vontade.

A esta luz, é a entrega da criança e não o seu nascimento que torna certa e definitiva a titularidade, pelos beneficiários, do vínculo de filiação. Até esse momento, a questão fica pendente e em suspenso, condicionada pela direção da vontade da gestante, que pode, opondo-se à entrega, reivindicar para si o vínculo de maternidade. É assim que a entrega pôde ser expressamente equiparada, no Acórdão, ao *consentimento para adoção* (ponto 47).

Esta construção subentende que o consentimento tácito da gestante, dado pela não oposição à entrega da criança recém-nascida, é causal do vínculo de filiação estabelecido em favor dos pais genéticos e intencionais. Só assim se pode defender que a revogação do consentimento deve importar a eliminação do efeito produzido com o nascimento, admitindo-se que a determinação legal da filiação, reportada a esse momento, possa ser suplantada por uma posterior manifestação em contrário de uma vontade privada.

Mas essa conceção desvia-se dos princípios estabelecidos em matéria de filiação, sempre tida como submetida a um regime de ordem pública, subtraído à disponibilidade e à autonomia privadas.

Em sintonia com esses princípios e com o modelo adotado, a celebração de um contrato de gestação e o consentimento para a execução das técnicas reprodutivas conducentes à gravidez devem antes ser vistos como *pressupostos de natureza volitiva*, que, associados a certos procedimentos obrigatórios, num rígido quadro regulatório e organizatório instituído pelo Estado, levam a que a lei determine excecionalmente que a mulher que dá à luz não é a mãe, fazendo recair o vínculo parental sobre os pais intencionais e genéticos (cfr., em sentido muito próximo, as considerações expressas na declaração de voto conjunta dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa e Cláudio Monteiro, em especial no ponto 2).

4. É constitucionalmente admissível este modelo?

A questão é extremamente dilemática, não só (mas sobretudo) pela natureza do que está em causa, mas também porque não comporta uma solução harmonizadora, de concordância prática, que atenda, na medida do possível, a ambos os interesses: ou se opta pela gestante, ou se opta pelos pais intencionais. A satisfação dos interesses de um dos lados significará inevitavelmente a preterição total dos interesses do outro — sem prejuízo de alguns paliativos amenizadores, que alguma jurisprudência norte-americana tem praticado, como, por exemplo, a concessão do direito de visita.

Em favor da gestante arrependida, e como fundamento da revogabilidade do consentimento até à entrega da criança, invoca-se a regra da voluntariedade do cumprimento, em matéria de disposição contratual de um bem da personalidade. É um argumento poderoso, pois, nesta zona nuclear da identidade e da verdade pessoais, deve ser salvaguardada, em princípio, a livre expressão, em todas as fases do devir da pessoa, do que corresponde ao seu modo de ser e de sentir.

Estando em causa a execução de um programa contratual, a obediência a esse critério implica que, havendo mudança de propósitos, a vontade atual em não cumprir deva prevalecer sobre uma vinculação fundada na vontade pretérita. Mas, nesta específica configuração problemática que a gestação de substituição nos oferece, surgem dificuldades especiais, quer a nível da doutrina do contrato, quer, sobretudo, a nível jusfundamental, em obedecer cegamente e em atribuir carácter determinante a este critério. Essas dificuldades nascem por várias razões.

Em primeiro lugar, pelo facto de o cumprimento por parte da gestante ser de execução continuada, se prolongar no tempo, não representando uma prestação instantânea. É a questão não é aqui, como é na generalidade dos casos, a de saber se o direito de arrependimento deve ser reconhecido até ao cumprimento, ou, melhor, até ao início do processo duradouro de cumprimento. Isso a lei já garantia. É antes a de saber se esse direito deve ser exercitável, após o início e em todo o decurso desse processo, até ao momento final da entrega da criança.

Acresce que, aquando do arrependimento, os pais intencionais (ou, pelo menos, um deles) já há muito tinham disponibilizado os elementos genéticos que deram origem ao embrião. As prestações de cada um dos lados não são sincrónicas, pelo que não é possível aplicar um mecanismo do tipo da exceção do não cumprimento do contrato. Os pais já cumpriram e não é possível voltar atrás com as prestações efetuadas. A gestante já deu início ao cumprimento e, pelo menos findo o período em que não é criminalizada a interrupção voluntária da gravidez, por decisão livre da mulher, o processo que conduzirá ao nascimento já está parcialmente executado e já não pode ser deliberadamente feito parar. Pode ver-se na irreversibilidade, a partir daí, da vontade

manifestada pela gestante um reflexo da irreversibilidade da situação criada com o início do processo da sua execução.

Tanto mais que o que a gestante pretende, em caso de arrependimento, não é apenas deixar de cumprir: é aproveitar-se das prestações da contraparte para realizar um fim exclusivamente próprio, contrário ao fim negocialmente ajustado.

Não pode também ignorar-se que o contrato de gestação não é um negócio jurídico *a se stante*, como pura manifestação da autonomia privada. É antes um elemento volitivo de um complexo programa de gestação legalmente fixado, com requisitos apertados, autorização prévia e sujeição a um contrato-tipo e a um enquadramento institucional por uma entidade de direito público. A questão não é simplesmente a de execução de um contrato, estritamente privado, de “limitação voluntária dos direitos de personalidade” — é para esses negócios que o legislador previu o regime especial do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil — mas de cumprimento de um programa legalmente instituído, controlado e supervisionado, para dar oportunidade de realização a um projeto parental, com material genético próprio, a pessoas impossibilitadas de o concretizar de outro modo.

Por último, e decisivamente, tem que ser entendida nos seus precisos termos e alcance a afirmação do Acórdão (ponto 42) de que «diferentemente do que acontece no caso da gestante, o consentimento dos beneficiários não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus». Esta alegada *assimetria de posições, quanto à incidência em direitos fundamentais*, só existe no que diz respeito às obrigações assumidas: o pesado encargo de iniciar e desenvolver uma gravidez, com as restrições pessoais que implica, não tem contraponto do lado dos pais beneficiários, a quem cabe apenas, realizada a contribuição genética, esperar pelo termo do processo.

Mas, quanto aos direitos exercitados, não há qualquer disparidade de natureza. Também pelo lado dos beneficiários estamos no universo normativo de posições subjetivas com a dignidade e o merecimento de tutela de direitos fundamentais que pertencem ao núcleo da personalidade.

Senão, vejamos:

O projeto parental que dá origem à criança é, no seu início, exclusivamente protagonizado pelos pais intencionais e genéticos. Para a formação do embrião, pelo menos um deles disponibiliza um elemento corpóreo também de carácter pessoal. Dada a incapacidade uterina da futura mãe, o embrião é implantado numa outra mulher, que assume altruisticamente, em substituição daquela, a função de gestação. Em todo o processo está presente, como marca identificadora, o exercício do direito dos beneficiários ao *desenvolvimento da personalidade e a constituir família*, em vista a integrar na sua *identidade pessoal* a condição de pais, de acordo com a sua concepção de vida com sentido.

A eventualidade de o nascimento da criança não concretizar esse projeto, por a maternidade ser atribuída à gestante, não representa apenas a frustração da expectativa de se tornarem pais. Representa também a sujeição a que, contra a sua vontade, outros assumam essa condição, com base em elementos genéticos por si fornecidos e num projeto de vida que lhes era exclusivamente pessoal. A alienação que recaía sobre a gestante, mas em que esta livremente consentira, inverte-se e passa a incidir sobre os que intencionavam tornar-se pais, com a agravante de que a apropriação por outrem não se cinge àqueles elementos, mas abrange uma opção de vida que tinham pessoalmente formado, sob chancela pública, e que, na ordem dos factos, já se consubstanciara, com o nascimento da criança. De titulares únicos de um projeto parental que, com a colaboração da gestante, se concretizara com o nascimento, passam retrospectivamente a meros *participantes forçados* na criação de um vínculo de filiação assumido por outros.

Ninguém contestará que a solução representa uma afeição, com um grau muito elevado de intensidade, desde logo, do direito dos pais intencionais ao desenvolvimento da personalidade. Esse pólo valorativo não pode ser menosprezado, na ponderação a efetuar pelo *princípio da proporcionalidade*, que o Acórdão aplicou, ao fundar a inconstitucionalidade expressa na alínea b) da decisão na “restrição excessiva” do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante.

Sem dúvida que a atribuição a outra mulher, por força de lei e contra a vontade atual da gestante arrependida, da mater-

nidade de uma criança que se formou no próprio ventre desta representa, para ela, um pesadíssimo sacrifício, uma restrição muito severa ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Mas é também esse mesmo direito fundamental, com igual conteúdo volitivo, que está em causa e é exercitado pelo lado dos beneficiários. Estamos, pois, perante uma autêntica colisão de posições subjetivas no espaço normativo de um mesmo direito fundamental, e de um direito fundamental que, na expressão concreta aqui presente, se inscreve, em ambos os lados, na zona mais nuclear da personalidade e das opções de vida dos intervenientes.

Sem depreciar o contributo gestacional coadjuvante da procriação, e as suas repercussões, não só no plano biológico, mas também psico-afetivo, não menos saliente e decisivo é o contributo genético prestado no quadro da satisfação de um interesse a que unicamente se deve a ativação do instituto, a ele finalizado, da gestação de substituição.

5. No Acórdão, entendeu-se que não deve ser concedida prevalência *absoluta, sempre*, a qualquer das posições, censurando-se ao regime impugnado a “desconsideração total” das razões que a gestante arrependida possa legitimamente invocar, bem como, e sobretudo, do interesse da criança, “que deve presidir à solução do conflito entre os dois projetos parentais”.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal Constitucional transferiu a decisão última, quanto à determinação da maternidade, para a esfera judicial, abrindo a porta a uma avaliação casuística, nessa sede, quer dessas razões, quer deste interesse. Assim, a revogação do consentimento da gestante deve implicar a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil. Este efeito pode, por sua vez, ser contestado judicialmente pelos beneficiários.

Para além da incerteza que esta solução gera, não parece consequente, dentro da conceção que vê na exigência da atualidade do consentimento da gestante uma condição da conformidade constitucional do regime, atribuir à revogação do consentimento o efeito de abrir um conflito de pretensões de parentalidade, solucionável, em definitivo, por uma decisão judicial do esta-

belecimento da filiação. Se é o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante que justifica que o vínculo não seja automaticamente atribuído aos que pretendiam, desde o início, tornar-se pais, não vejo em que é que esse direito da gestante fique salvaguardado se a criança, por decisão judicial, acabar por ser atribuída, não a ela, mas aos pais intencionais.

Quanto à necessária consideração do interesse da criança, penso que torná-la o centro de uma disputa judicial, que se pode arrastar, é tudo menos favorável ao seu interesse, como uma das declarações de voto (a do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro) oportunamente acentua. Sobretudo quando há todos os motivos para pensar que aqueles que tinham um desejo tão forte de ser pais que não hesitaram em recorrer ao método excepcional da gestação de substituição reúnem todas as condições — que, aliás, devem ser controladas no início do processo — para proporcionar à criança um ambiente afetivo propício à construção sadia da sua identidade.

6. Se, no campo estrito do direito ao desenvolvimento da personalidade é, em extremo, difícil atribuir uma prevalência, pois aí defrontam-se posições que podem ser vistas como tendencialmente equiparáveis, creio que o alargamento da valoração a outros parâmetros constitucionais ajuda a formar opinião.

Quanto ao *direito a constituir família*, julgo que a balança pende para o lado dos pais intencionais. Foi a sua motivação a procriar que os levou a recorrer à gestação de substituição, com utilização de uma técnica de PMA que incorpora material genético seu, e a um processo complexo de que veio a resultar, com a solidariedade ativa da gestante, o nascimento da criança. Se a conseqüente constituição da relação familiar paterno-filial lhes for vedada, tal significará muito provavelmente a frustração irremediável da realização daquele direito.

Pode, até, sustentar-se que tal configura também uma lesão ao *direito à identidade pessoal*, já que uma criança gerada de acordo com um projeto parental próprio e com elementos genéticos próprios não dá origem à relação de filiação que integraria constitutivamente aquela identidade. A condição de pais resultante da progenitura genética de, pelo menos, um dos be-

beneficiários, condição essa deliberadamente intencionada como elemento essencial de um projeto de vida, fica arredada da sua conformação identitária.

Quanto à gestante, que pode já ser progenitora — o que a legislação do Texas, por exemplo, exige — e não sofre de qualquer impedimento gestacional, o seu direito a ter filhos não é bloqueado. Mais rigorosamente, o que é obstaculizado é que ela constitua (ou, frequentemente, reforce) família à custa da realização do projeto parental dos pais intencionais.

A favor destes pesará também o elemento intencional que deu origem a todo o processo e ao surgimento de um novo ser. Para os que, desde o início, desejaram ser pais— tendo recorrido, para esse efeito, a um mecanismo que a lei lhes faculta e que só em vista dessa motivação foi acionado —, a atribuição de título parental à gestante, e não a eles, significará sempre o desrespeito total da sua vontade, não só atual como pretérita. Desrespeito esse que simultaneamente importa a frustração de todo um longo percurso procedimental, iniciado e concluído com o imprescindível concurso da vontade da gestante, num quadro institucional rigidamente fixado, com forte intervenção legitimadora e controladora de uma entidade pública.

7. Bom, mãe só pode haver uma, e há que optar. Tudo ponderado, e tendo sobretudo em conta que o nosso modelo de gestação de substituição é *puramente gestacional*, já que a gestante não pode ser progenitora genética e pelo menos um dos beneficiários o tem de ser, creio que a prevalência dada ao projeto parental destes, em caso de arrependimento da gestante, tinha por si suficientes razões justificativas da não desconformidade constitucional.

Operando uma predeterminação, por via exclusivamente normativa, do vínculo da filiação, como é, a todas as luzes, conveniente e correspondente ao nosso sistema de estabelecimento da paternidade, esta solução é igualmente, se bem ajuízo, a única que não suscita problemas, insolúveis satisfatoriamente, quanto à identificação do pai legal.

8. Uma nota final, quanto às consequências da declaração de inconstitucionalidade. A declaração de voto conjunta a que já fiz referência exprime a opinião de que ela «inviabiliza, para futuro, a consagração legal de verdadeiro e próprio regime de gestação de substituição».

É claramente assim, no plano da normatividade. Mas, em termos reais, creio que ela não obstará à operacionalização da figura, como meio efetivo de procriação assistida. Apenas limita o âmbito da procura das potenciais gestantes de substituição. De facto, desaparecendo a *confiança institucional* que o regime inconstitucionalizado propiciava aos pais intencionais, mantém-se de pé apenas a *confiança pessoal* depositada na gestante, quanto ao cumprimento cabal do programa. O que significa que ela será sempre do círculo de conhecimento dos beneficiários: ou uma familiar próxima, ou uma amiga chegada.

Mas isso, num sistema que só admite a gratuitidade, já tenderia presuntivamente a acontecer, na esmagadora maioria dos casos.

II. O anonimato dos dadores de gâmetas

9. A exigência de conhecimento da identidade do dador tem sido fundamentalmente sustentada com base no *direito do filho ao conhecimento das origens genéticas*. E, na verdade, é pacífico, correspondendo à jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, que esse direito é constitucionalmente protegido, enquanto componente do direito à identidade pessoal. Simplesmente, como todos os direitos fundamentais, descontados os raríssimos casos em que da Constituição se infere uma imposição ou uma proibição absolutas, é um direito sensível aos contextos situacionais concretos em que é chamado à colação.

Di-lo, de forma lapidar, o Acórdão n.º 101/2009: «A Constituição supõe (...) a pessoa integrada na realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais». Deste modo, o domínio de proteção do direito à identidade pessoal, prossegue o Acórdão,

«não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa. Assim sendo, as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efetivamente se desenvolve essa identidade pessoal».

De forma que, também aqui, é inevitável uma *ponderação*, em que se avalie se o anonimato representa, para o concebido por doação, uma gravosa perda de identidade, um significativo obstáculo para a consciência e o desenvolvimento do seu sentido de quem é; em caso afirmativo, se essa perda é justificada e compensada pelo que ganham os outros interesses coenvolvidos na utilização desta técnica reprodutiva.

A resposta depende muito do significado a atribuir ao ato de doação. E eu tenho muita dificuldade em conceber como um ato de progeneratura a simples transmissão de genes, resultante do aproveitamento, graças a procedimentos puramente técnicos, de um gâmeta disponibilizado a pessoas indeterminadas que pretendem tornar-se pais ou mães. A intervenção impessoal do terceiro é a de um mero fornecedor de material genético para que outros sejam pais, não tendo o mesmo significado, para a construção da identidade do filho, do concurso pessoal direto para a procriação.

Aqui reside a diferença capital em relação ao conhecimento da identidade da gestante de substituição, justificativa de uma valoração também diferenciada. Como salientam as declarações de voto onde se defende uma solução oposta, quanto a este ponto, à que deve recair sobre o anonimato dos dadores, a ligação, na fase uterina, entre a gestante e a criança, é um dado com uma natureza e um grau de intensidade relacional que conferem ao conhecimento da identidade da gestante um muito elevado merecimento de tutela, no quadro do direito ao conhecimento das origens e da historicidade pessoal. Tem bom fundamento, pois, a decisão de inconstitucionalidade da imposição do dever de sigilo, na parte em que abarca a identidade da gestante de substituição. A questão terá, aliás, um reduzido al-

cance prático, pois, na ordem dos factos, é pouco menos do que impossível ocultar a sua participação no processo reprodutivo.

No que diz respeito à doação de gâmetas (incluindo aquela que tenha sido necessária para a formação do embrião a implantar na gestante de substituição), só um *essencialismo genético* pode pretender que a identidade do dador é uma componente vital, um elemento básico, da identidade pessoal do filho. Há que ter em conta as condições muito específicas da concepção, a que a criança deve o bem da sua existência.

10. Esta conclusão tem impacto, de acordo com a “lei da ponderação” (Alexy), na apreciação do peso das razões contrárias ao levantamento do anonimato. São várias as consequências perniciosas que têm sido apontadas a esta medida, e que a prática, em maior ou menor grau e com maior ou menor persistência, tem demonstrado: decréscimo, não só da oferta de gâmetas como da procura, com maior tempo de espera, menor possibilidade de escolha das características do dador, aceitação de gâmetas de menor qualidade, e incremento do chamado “turismo reprodutivo”, com recurso ao comércio internacional e às clínicas de outros países fornecedoras de gâmetas sob anonimato. Tudo redundando em maior dificuldade e maiores custos de satisfação do direito dos pais a gerar e criar um filho, como experiência central do seu sentido de identidade e da sua concepção de vida.

Valorizo mais este impacto negativo sobre o acesso a um estatuto pessoal com relevância constitucional do que a frequentemente apontada afetação do direito do dador à intimidade da vida privada. Este tem um meio fácil para a evitar e que é o de, posto perante a possibilidade de identificação, não fazer a doação. O seu interesse é eminentemente autotutelável, dentro do pressuposto que a eliminação do anonimato é prospetiva, para o futuro.

Importa também observar, quanto à afetação da identidade pessoal do filho, que, antes de qualquer revelação sobre o modo de concepção, este atribuía aos pais, naturalmente, toda a sua ascendência biológica. Não há nenhum elemento em falta para a construção da sua identidade pessoal –nesse aspeto, a situação

diverge profundamente daquela em que está colocado o sujeito sem paternidade reconhecida.

O que se passa é que a narrativa subjetivamente interiorizada quanto à origem genética não corresponde inteiramente, neste caso, à verdade objetiva. O direito ao conhecimento das origens genéticas é aqui o *direito ao conhecimento da verdade sobre as origens genéticas*.

Ora, este direito não é de concretização certa e automática para os que foram concebidos, pelo “processo comum,” na constância do matrimónio. A presunção de que o pai é o marido da mãe não passa disso mesmo— de uma presunção, que a realidade dos factos biológicos pode desmentir. E não raras vezes desmente. Na Grã-Bretanha, foi calculado que, em 3,5 a 9% dos nascimentos “normais”, a origem biológica não estava no marido. Um grupo de trabalho dinamarquês calculou esse número, em 1992, entre 5 e 10%, tendo, aliás, referindo isso como argumento a favor do anonimato. Não gosto deste argumento, que é, reconheço-o, um tanto cínico, e só o refiro para evidenciar que a não coincidência entre a verdade biológica e a verdade social não é algo propiciado apenas pelo nascimento com recurso à doação por terceiro.

11. A posição do concebido por doação não estava, aliás, desprovida de tutela. Permitia-se o acesso irrestrito à informação não identificadora, satisfazendo assim muitas das razões invocadas pela doutrina internacional contra o anonimato: assegurar informação sobre o património genético e evitar o risco de consanguinidade.

E mesmo quanto à identidade do dador, não se erguia um muro intransponível, pois a solução não deixava de facultar o acesso, ainda que condicionado à existência de razões ponderosas, judicialmente comprovadas. O anonimato não era, no nosso sistema, sinónimo de segredo absoluto e muito menos de práticas de verdadeira camuflagem da verdade quanto às condições da conceção — como a utilização de mais do que um dador por ciclo e a destruição de registos, que foram correntes no início da utilização da inseminação heteróloga, no Reino Unido e noutros países.

Era uma solução de equilíbrio, de concordância prática, que, para além de apresentar uma justificação razoável, não violava, no seu figurino concreto, a *proibição de insuficiência de tutela* de direitos pessoais da criança concebida por este método.

12. O discurso argumentativo em prol da abolição do anonimato, apoiou-se também, sobretudo no Reino Unido, num alegado paralelismo com a situação de adoção. Uma das declarações de voto também invoca o princípio da igualdade, como parâmetro impositivo de uma identidade de tratamento.

Creio, todavia, que há suficientes diferenças entre o contexto social e biológico da adoção e o da reprodução assistida para que o argumento não proceda.

A adoção é um *substituto* da procriação, estabelecendo uma relação de filiação com um ser já existente; a conceção com a ajuda da inseminação heteróloga é uma *forma* de procriação. O que é doado não é uma criança, mas elementos do corpo humano que permitem à recetora conceber uma criança. Os laços sociais são estabelecidos, desde o início, com o progenitor ou progenitores, não com o dador, ao passo que a adoção envolve um processo em que existe uma relação familiar prévia, anulada e substituída por uma outra, com novos protagonistas. Na adoção, o adotado tem uma história que antecede o estabelecimento da filiação com os adotantes; na procriação com doação de gâmetas, a criança não preexiste, não tem uma história pessoal, só começa a criá-la com os seus pais.

Mais: contrariamente ao que se passa na adoção, a criança nascida por reprodução assistida tem, em geral, uma conexão biogenética com, pelo menos, um dos pais.

Acresce que o concebido por doação de gâmetas dispõe de informação quanto ao seu património genético, diretamente alcançável através do registo da autoridade médica, ao passo que para aceder ao do adotado é necessário conhecer o historial médico dos que lhe deram nascença.

Por último, na doação de gâmetas, é relativamente fácil aos pais ocultarem o processo, ao passo que a adoção é uma realidade socialmente perceptível.

13. A questão também tem sido abordada pela ótica dos interesses da criança. Neste domínio, facilmente se passa a fronteira do controlo da constitucionalidade para se cair num debate de política legislativa. E são mais as questões em aberto do que as certezas sólidas quanto ao contributo positivo que esta informação possa dar para a formação de uma identidade saudável. As opiniões divergem e, mais do que isso, há números para quase todas as opiniões. Mas não falta quem defenda que a revelação tem mais custos emocionais do que benefícios para a criança, provocando confusão, desapontamento e perda de auto-estima.

Acresce que o interesse da criança não pode ser visto isoladamente dos interesses da família em que se insere, como acentuou o legislador dinamarquês, aquando da revisão da lei desse país, em 2006, a qual manteve o anonimato (até à reforma de 2012, que abriu aos interessados a possibilidade de escolha). E se há alguma certeza neste campo é a de que o interesse da criança faz apelo a uma relação forte, estável e confiante com os seus pais. A revelação da identidade — sobretudo se satisfizer algo mais do que a curiosidade e for direcionada ao estabelecimento de contacto — pode gerar consequências que afetem o bem-estar e a tranquilidade da família, na sua totalidade.

14. Se se entender que o direito à identidade pessoal e os interesses do filho são afetados com o anonimato, então há que dizer que a sua abolição, sem mais, é uma medida inadequada, por insuficiente. Na verdade, a vontade do filho em exercer o direito ao conhecimento da identidade do dador depende da prévia informação quanto ao modo de conceção, e esta está dependente, em regra, da vontade dos pais. Ora, os pais tendem, por larga maioria, a permanecer silentes quanto a esse dado, também nos países onde foi abolido o anonimato — na Suécia, o primeiro país a fazê-lo, em 1985, só 11% prestam a informação.

Essa retração é humana e compreensível, pois visando a inseminação substituir uma função natural, prevalecerá a tendência a aproximar a situação o mais possível dos traços desta. Só não é assim nos casos em que a progenitura é assumida por uma mu-

lher só ou por um casal de mulheres em que, naturalmente, há que explicar à criança a ausência da figura paterna.

De forma que a simples proibição do anonimato não redundaria necessariamente, em termos reais, num acréscimo de tutela do direito do filho. Para tal, seria necessário garantir o conhecimento do modo de conceção.

Ora, dos países que removeram o anonimato, apenas a Croácia, pelos dados de que disponho, impôs aos pais a revelação deste dado e nenhum formalizou um sistema autónomo de informação à criança. Na Grã-Bretanha, chegou a ser proposto, mas não foi aceite, que essa menção constasse do registo de nascimento. Entre nós, ela é, aliás, expressamente proibida (artigo 15.º, n.º 5, da Lei n.º 32/2006).

15. Vou concluir lembrando duas experiências normativas de sentido oposto.

No Reino Unido, após um intenso debate, com recomendações de comissões, consultas públicas, etc., foi suprimido o anonimato, em 2005. Em França, idêntica reflexão, tendo já em conta esta e outras soluções no mesmo sentido, conduziu, em 2011, à sua manutenção. E, no Reino Unido, fizeram-se ouvir vozes autorizadas reclamando a restauração do anonimato (como, por exemplo, logo em 2006, a do Prof. Colin Campbell, o primeiro presidente da *Human Fertilisation and Embryology Authority*).

Tudo isto mostra que estamos perante uma questão que suscita um vivo contraditório de pontos de vista e de opiniões igualmente razoáveis. E a diversidade de respostas que o direito comparado nos revela, em países com standards elevados de proteção dos direitos da pessoa e valores constitucionais similares a este respeito, é um bom indicador de que não há uma única solução constitucionalmente válida.

A Constituição não proíbe o acesso à identidade do dador, mas também não o impõe. O mesmo é dizer que esta é uma típica questão cuja resposta deve ser deixada ao legislador democrático, a quem cabe fazer uma opção e eventualmente alterar a anteriormente tomada, se e quando entender que ela já não é a mais adequada.

QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL? UM COMENTÁRIO

Margarida Silvestre

Médica Especialista em Ginecologia-Obstetrícia e Subespecialista em
Medicina da Reprodução.

Doutorada em Bioética pela Universidade Católica Portuguesa.
Professora de Ética e Deontologia Médica na Faculdade de Medicina da
Universidade de Coimbra

A discussão do futuro da gestação de substituição (GS) em Portugal convoca necessariamente uma análise e reflexão multidisciplinares, nomeadamente nas perspetivas legal, médica e ética, como se procurou implementar neste colóquio. O comentário realizado e que aqui se transcreve teve como principal objetivo trazer à discussão a perspetiva de alguém que para quem os problemas éticos da Procriação Medicamente Assistida (PMA) têm sido alvo intensa investigação e profunda reflexão nos últimos anos, mas que também se depara com estas realidades no dia a dia na sua prática médica.

O Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 225/2018 veio considerar, de forma unânime, que a regulamentação da gestação de substituição não era conforme a Constituição da República Portuguesa. Contudo, na resposta ao requerimento de inconstitucionalidade do Artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º

32/2006 de 26 de Julho, também entendeu que o regime do anonimato dos dadores deve ser alterado.

E depois de muita expectativa quanto à posição que o TC iria assumir relativamente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da GS, foi a pronúncia referente ao anonimato que maior surpresa causou. Tendo em conta a posição prévia do TC no Acórdão 101/2009, no qual se tinha concluído pela conformidade constitucional do regime do anonimato, esta mudança de posição poderá ser justificada pela mudança do contexto então vigente para o atual: por um lado, com a entrada em vigor da lei 17/2016, as técnicas de PMA passaram de subsidiárias a alternativas, ao alcance de qualquer mulher, independentemente do seu estado civil e orientação sexual; por outro lado, com a promulgação da lei 25/2016, a GS deixou de ser uma prática proibida.

No meio médico foi dada desde logo muito mais atenção à questão do anonimato dos dadores, relativamente à necessidade de voltar a legislar a GS. E foram surgindo inúmeras questões, quer colocadas pelos beneficiários, quer discutidas entre os profissionais:

1. A mudança do regime do anonimato poderá ter efeito retroativo?
2. Relativamente aos gâmetas doados de forma anónima, se os dadores aceitarem revelar a sua identidade, estes gâmetas e/ou os embriões daí decorrentes poderão ser utilizados em futuros tratamentos?
3. Alguns potenciais beneficiários de técnicas de PMA com gâmetas de dador já tinham iniciado o processo terapêutico, com a obtenção de gâmetas para realização da técnica prevista; será que poderão concretizar os tratamentos, de algum modo já iniciados?
4. Se os atuais candidatos a dadores aceitarem doar sem anonimato (a beneficiários que também eles aceitem uma doação não anónima), poderemos realizar os tratamentos previstos, mesmo sem nova legislação?
5. Há muitos casais com embriões criopreservados, concebidos com recurso a gâmetas de dador anónimo, que os pretendem transferir:

- a. Não poderá ser equacionado, também aqui, um regime transitório que permita a transferência destes embriões, ao invés de os destruir?
 - b. Se o dador em causa e os beneficiários aceitarem levantar o anonimato, os embriões poderão ser transferidos antes da nova regulamentação?
 - c. Se não vier a ser permitido transferir estes embriões, os beneficiários podem submeter-se a nova técnica com recurso a dador não anónimo, apesar da lei não permitir criar novos embriões a quem já tenha embriões criopreservados, ainda por transferir?
6. Relativamente aos embriões criopreservados já sem projeto parental, cujo destino designado pelos seus beneficiários seja a doação a outros casais:
- a. Estes poderão ser doados num eventual regime transitório, ou terão que ser destruídos?
 - b. Se houver anuência dos dadores e dos potenciais receptores, relativamente à realização de uma doação não anónima, esta poderá ser realizada? Se sim, já no imediato ou só depois da lei ser revista?

Ao analisar estas interrogações, é importante procurar respostas e soluções que vão ao encontro ao entendimento plasmado no Acórdão 225/2018, mas que considerem também as necessidades de orientação dos profissionais e os interesses dos beneficiários. Numa hierarquia de direitos e valores, que deve ter em consideração o interesse de todas as partes, mas proteger acima de tudo as mais vulneráveis (neste caso os embriões criopreservados e as potenciais crianças nascidas), é fundamental conhecer a realidade concreta que vivenciamos, não só a nível nacional, mas também internacional:

1. Em Portugal existem 6300 embriões criopreservados com gâmetas de dadores estrangeiros, a quase totalidade anónimos (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida — CNPMA, Maio 2018);
2. O CNPMA tem vindo a recomendar prudência aos profissionais, sem orientações mais concretas até à emissão da Deliberação n.º 3-III/2018 de 22 de julho, a qual

- permite dar resposta a questão 5.c)¹, mas deixando em aberto todas as restantes questões;
3. A Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução, em colaboração com a Associação Portuguesa de Fertilidade, elaborou a petição pública “Pela Criação de Medidas Legislativas para a PMA”, enviada ao Exmo. Senhor Presidente da Assembleia da República a 12 de Junho de 2018, no sentido de alertar para a urgência deste processo legislativo;
 4. Há clínicas internacionais a entrarem em contacto com os centros nacionais, no sentido de estabelecer parcerias que proporcionem às utentes portuguesas a concretização de tratamentos com doação anónima de gâmetas, além-fronteiras;
 5. Várias utentes têm procurado as clínicas onde possuem gâmetas ou embriões criopreservados, no sentido de os transferirem para países em que vigora o regime do anonimato, de modo a dar continuidade aos seus projetos reprodutivos;
 6. Houve ainda agências de gestação de substituição a contactar os centros nacionais e a quererem sediar-se no nosso país, oferecendo os seus préstimos, a troco de avultadíssimos pagamentos.

Ao analisar a experiência de abolição do anonimato dos dadores noutros países europeus², foi possível constatar o seguinte:

1. Esta mudança legislativa desencadeou um efetivo decréscimo dos dadores na fase inicial, situação esta que teve carácter transitório na maioria dos países nórdicos;

¹ CNPMA, Deliberação n.º 3-III/2018, de 22 de julho: “1. Em situações excepcionais, e sem prejuízo da manutenção da criopreservação dos embriões já existentes nos termos legalmente exigidos, será admissível iniciar um novo ciclo de fertilização *in vitro* ou de microinjeção intracitoplasmática a beneficiários que tenham ainda embriões criopreservados. 2. Considera-se como excepcional a situação em que, cumulativamente, se verifique: a) A existência de embriões criopreservados resultantes de gâmetas de dadores anónimos. b) A recusa de consentimento do dador na quebra da confidencialidade ou a impossibilidade comprovada de contacto com o dador.”

² M. SILVESTRE, *Embriões excedentários. Entre a Técnica, a Lei e a Ética*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 72-77.

2. Aqueles que pretendem conceber segundo o regime de anonimato e têm condições económicas para tal, passaram a optar pela reprodução além-fronteiras;
3. Por último, para que o direito ao conhecimento das origens genéticas possa ser exercido, é necessário conhecer a forma se foi concebido. Como esta informação não consta da certidão de nascimento nem dos registos médicos oficiais, isto só acontece se os pais, ou outra pessoa, o revelarem (ou que isso seja demonstrado em testes genéticos ou pela manifestação de patologias específicas). Contudo e apesar do compromisso da revelação constituir um pré-requisito à doação, são vários estudos realizados nos países do norte da Europa referindo que a maioria dos beneficiários não cumpre com esta obrigação.

Relativamente à GS, a lei e regulamentação anteriores tinham efetivamente algumas fragilidades, que nos deixavam dúvidas, mas principalmente nos causavam receio e inquietude, relativamente à necessidade de proteção das partes envolvidas mais vulneráveis, neste caso a gestante e a futura criança. Os oradores anteriores levantaram algumas questões que é absolutamente fundamental reforçar: o facto de no Reino Unido, um dos dois únicos países da Europa em que a GS é permitida, não aceitar como candidatos para esta prática cidadãos não residentes no país. Esta restrição foi também implementada recentemente na Índia, Tailândia e Nepal. Se quisermos acautelar um rigoroso cumprimento dos compromissos legais a que um contato de GS obriga, assim como o respeito dos princípios éticos fundamentais por ele protegidos, não podemos perder a capacidade de controlo e monitorização de todo este complexo processo. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a própria gestante deveria residir em Portugal e o parto ocorrer obrigatoriamente em território nacional.

No caso do direito ao arrependimento ao longo da gestação e após o nascimento, a melhor forma de o resolver será definitivamente pela sua prevenção. Para isso poderão ser implementadas duas medidas: por um lado, a aceitação exclusiva de gestantes que já tivessem filhos, de forma a minimizar o sentimento de perda e o risco de arrependimento aquando da entrega

da criança após o parto; por outro lado, a obrigatoriedade do apoio psicológico ao longo de toda a gravidez e após o parto, por profissionais com formação específica e competência na área da PMA.

Termino referindo apesar de não ser fácil lidar com estas realidades na prática clínica, estando nós sujeitos diariamente à pressão daqueles que têm os seus projetos reprodutivos suspensos, entendo que a revisão da lei, embora urgente, têm que ser muito bem pensada, refletida e ponderada. Os critérios para a aplicação da GS têm que ser densificados e a questão do anonimato cabalmente resolvida, se possível com a criação de um regime transitório para os materiais já existentes.

QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL? UM OLHAR BIOÉTICO

Miguel Oliveira da Silva

Professor Catedrático de Ética Médica na FMUL
Obstetra-Ginecologista no Hospital de Santa Maria

A gravidez de substituição é, na Europa ocidental, uma situação rara, só autorizada e em vigor actualmente no Reino Unido e na Grécia¹, porquanto em Portugal está “suspensa” desde Abril de 2018.

A escolha de qualquer modelo de gravidez de substituição é sempre uma opção política, a qual deve ter em conta o sentir e vontade dos cidadãos informados: *quem, como*, e em que *circunstâncias* pode ter acesso à gravidez de substituição em Portugal?

O futuro da gravidez de substituição em Portugal está condicionado pelo conteúdo e interpretação do moderno e corajoso Acórdão 225/2018 do Tribunal Constitucional (TC).

Podendo não influenciar significativamente a expressão cidadã a nível eleitoral, trata-se, porém, de uma questão cujo debate faz muito ruído de fundo e mediático, suscitando emoções e interrogações, algumas das quais se prendem com saber o que

¹ Kisty HORSEY / Katia NEIFYTOU, *The fertility treatment time forgot: What should be done about surrogacy in the UK?*

verdadeiramente é a maternidade: qual o peso real, em cada caso, do chamado “instinto natural” na maternidade biológica uterina, que influência emocional tem na relação mãe-filho, em que medida pode uma grávida de substituição mudar de vontade e determinação ao longo da gravidez e no parto, consentir aquilo que desconhece, que direitos devem ter ela e o respectivo recém-nascido.

Em qualquer caso, trata-se de uma reflexão sobre diferentes determinações e que inclui pressupostos com afinidades electivas — antropológicas, filosóficas, éticas e espirituais- nos diferentes cidadãos, decisores e intervenientes.

Até que, eventualmente, surja um outro Acórdão de sinal contrário, o próximo modelo português de gravidez de substituição tem que privilegiar:

i) o *direito da criança* nascida através de gravidez de substituição, direito que é prioritário sobre os interesses e convicções do casal beneficiário, a saber: a criança poderá conhecer (se assim o quiser) a forma como foi gerada, as suas origens genéticas e também contactar a mulher em cujo útero foi gerada;

ii) o direito da *grávida de substituição* poder decidir, pelo menos até ao parto, se entrega ou não a criança ao casal beneficiário (como sucede no Reino Unido, em que a *surrogate mother* pode decidir entre 6 semanas a 6 meses após o parto se entrega ou não a criança aos *intended parents*, casal beneficiário;

A isto acresce a simultânea impossibilidade actual, decorrente do referido Acórdão, de *doação anónima de gâmetas*, o que não significa que o casal beneficiário possa escolher ou conhecer a identidade concreta, específica e individual do eventual dador ou dadora no momento da fecundação.

Do ponto de vista bioético, regista-se e saúda-se esta *explícita hierarquia de valores maiores*, em que o respeito pelas pessoas mais vulneráveis — a criança e a grávida — tem que prevalecer, de facto, sobre compreensíveis desejos do casal beneficiário, nomeadamente quando a mulher nasce sem útero (síndrome de Rokitanski), fica sem útero (por histerectomia) ou este órgão não é compatível com gravidez evolutiva.

Tal respeito pelos mais vulneráveis é um valor maior que não pode deixar de, desta vez, claramente se reflectir na nova

legislação de gravidez de substituição e, bem assim, respectiva regulamentação e políticas públicas — de resto, tudo o oposto do que se fez em Portugal entre 2016 e 2018 nesta área.

Contrariamente ao que se argumenta noutros contextos bioéticos e jurídicos de países vizinhos e possuidores de uma cultura que nos influencia e nos é próxima — caso de Espanha e França² -, o TC não declarou, em si mesma, a gravidez de substituição contrária à Constituição da República Portuguesa (CRP): o modelo anterior, a lei, a regulamentação e as políticas públicas anteriores é que, concreta e especificamente, não estavam conformes à CRP, pela indeterminação, incerteza, imprecisão que permitiam (de que era exemplo paradigmático a acessibilidade a esta técnica em “*situações clínicas que o justifiquem*” artigo 8.º, n.º 2, lei n.º 25/2916, em que tudo podia caber)³ — haverá, pois, que, no futuro, densificar critérios e conteúdos, sob pena de não haver gravidez de substituição em Portugal.

Tanto mais que não decorre do Acórdão que tenha, necessariamente, que haver gravidez de substituição no ordenamento jurídico nacional — a gravidez de substituição não é, pois, uma imposição constitucional.

O TC pronunciou-se somente sobre o *modo* e o *como* se tem acesso à gravidez de substituição: condições, direitos que devem existir nesse mesmo acesso.

Neste caso, quase todo o artigo 8.º da lei n.º 25/2016, em vigor até Abril de 2018, é declarado inconstitucional: a situação

² Em Espanha, o psoc, actualmente Governo minoritário, faz saber pela voz da Vice-Presidente do Conselho de Ministros e Ministra da Igualdade, Carmen Calvo, que “nuestra posición es clarísima. Se llaman vientres de alquiler y son una nueva utilización del cuerpo de las mujeres, una compraventa más. Y particularmente grave para nosotros porque usan el cuerpo de la mujer más pobre. Aquí no valen eufemismos con el lenguaje.” *El País*, 10.6.2018.

Em França quer para o *Conseil d'État — Révision de la loi bioéthique: quelles options pour demain?*, 28.6.2018 - quer, na sequência dos Estados Gerais de Bioética que decorreram primeiro semestre de 2018, para o CCNE no Avis ... Setembro de 2018, *a grossesse pour autrui (GPA)* é, uma vez mais e na sequência de Pareceres anteriores, tida como uma inaceitável instrumentalização do corpo da mulher.

³ Recorde-se a prudência, então, do próprio Bloco de Esquerda, em 2011, quando no seu projecto de lei 122/xii afirma que a gravidez de substituição (então erradamente designada maternidade de substituição) é “exclusivamente por razões clínicas — ausência de útero e lesão ou doença deste órgão que impeça a gravidez de forma absoluta e definitiva.”

da gestante não estava acautelada na eventual revogabilidade do consentimento no contrato de substituição, que limitava excessivamente o direito da gestante; a criança não tinha direitos assegurados quanto ao conhecimento das suas origens; haverá, pois, que disciplinar melhor as condições de aprovação de um outro modelo de contrato de substituição, desta vez sem toda uma excessiva indeterminabilidade na lei, regulamentação e políticas públicas, com órgãos (CNPMA) a dar pareceres e produzir documentos sem critérios e enquadramentos específicos para sobre tal se pronunciarem, em suma todo um imenso vazio desconforme à CRP⁴.

Recorde-se que, em termos legais, o TC, como qualquer outro tribunal, de resto, está condicionado pelo *princípio do pedido*: só se pode pronunciar sobre as questões que lhe são postas — tal era o caso- o que faz recair o ónus sobre os requerentes.

No mencionado Acórdão do TC existem — no seu texto propriamente dito e nas respectivas declarações de voto-as mais diversas opiniões, cobrindo praticamente todas as posições existentes quer na sociedade portuguesa quer nos *fora* internacionais a este respeito.

Nestes termos, há no TC quem recuse toda e qualquer gravidez de substituição⁵ e quem a aceite, quase irrestritamente, de-

⁴ Nestes termos, alguns se interrogam se o “núcleo duro” do CNPMA — cujo está há mais de 11 anos no poder e se prepara para lá ficar, pelo menos, 16 anos consecutivos- tem condições genuinamente morais e até deontológicas para contribuir, participar e vir a defender e levar à prática uma outra lei, uma outra regulamentação, uma outra política pública (contrato de substituição), após se ter empenhado tão militante, ideológica e acerrimamente na situação anterior - chegando o anterior Presidente a ponto de criticar em entrevistas o teor do Acórdão n.º 225/2018 antes mesmo dele ser público. Também a actual Presidente prestou declarações públicas com as quais, objectivamente, pressiona os decisores políticos “ainda nesta legislatura”, declarações que, a meu ver, se não coadunam nem com as respectivas funções nem com a ponderação e calma que o debate reclama (*Público*, 6.6.2018).

⁵ João Pedro Caupers, Vice-Presidente do TC afirmou na respectiva declaração de voto: “O meu voto censura, para além das disposições explicitamente declaradas contrárias à CRP, a gestação de substituição, em si mesma, enquanto conceito e técnica de PMA: tenho-a por violadora da dignidade da pessoa humana — além de perigosa, na perspectiva da reprodução humana; opinião que sustento, além do mais, numa valoração de interesses que coloca em primeiro lugar os da criança, em segundo os da gestante e em último os dos beneficiários.”

fendendo mesmo e até o respectivo pagamento, cuja proibição seria mesmo inconstitucional⁶.

Sublinhe-se, ainda e desde já, que, contrariamente ao que alguns simplisticamente pensam e dizem, não se trata aqui de uma questão de esquerda contra direita, de progressistas versus conservadores, nem em Portugal, nem, como se viu e vê em Espanha ou França.

No caso português houve todo um longo e, recentemente, mediático percurso, agora parcialmente abortado, em boa hora, pelo TC e que será retomado, seguramente, após as eleições legislativas de 2019 — se é que não antes.

Recorde-se: após a apresentação inicial de 4 projectos de lei na Assembleia da República (AR) no final de 2011 e início de 2012, dois deles (BE e de quatro deputados do PS, respectivamente 122/XII/1.^a e 137/XII) foram desde logo reprovados na generalidade em 20 de Janeiro de 2012; restaram dois (do PS e PSD: 131/XII e 138/XII) que são, então, enviados ao CNECV para pedido de Parecer, informalmente dito “urgente”.

Em finais de Março de 2012, tal Parecer do CNECV é aprovado, sendo favorável à gravidez de substituição com 13 condições cumulativas — e há maioria tangencial de 7 (eu incluído, na altura Presidente do CNECV) contra 6 votos, com uma extensa e dura declaração conjunta de voto do grupo minoritário de seis conselheiros⁷.

A aprovação da então primeira versão do projecto de lei de gravidez de substituição na AR ocorre passados já mais de quatro anos, numa outra legislatura, com um outro CNECV, precisamente em 12 de Maio de 2016. E é rodeada de episódios inacreditáveis, a saber:

- i. o texto da versão final votada é modificado no próprio dia da votação, concretamente no que dizia respeito ao facto da grávida poder decidir guardar ou não a criança

⁶ Gonçalo Almeida Ribeiro: (...) o reconhecimento da gestação de substituição não é constitucionalmente admissível, como é uma imposição constitucional ao legislador decorrente dos direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade. Creio ainda que a proibição de negócios onerosos, um dos elementos essenciais do “modelo português” consagrado no artigo 8.º da lpma, é inconstitucional, por violar esses mesmos direitos.”

⁷ CNECV. Documentação 13. Anos 2010-2012, Lisboa, 2013, 147-172.

para si (como propunha o Parecer 63/CNECV/2012 e confirmara o Parecer 87/CNECV/2016) num prazo de 48 horas após o parto (era o n.º 10 do artigo 8.º, retirado no dia da votação), no respeito pelos vínculos biológicos e espirituais que uma gravidez cria normalmente entre a gestante e o seu feto/recém-nascido;

- ii. alguns deputados terão confidenciado não terem lido a versão final votada.

A segunda versão da lei é aprovada e promulgada em 31 de Julho de 2016 (após o primeiro veto presidencial do actual mandato), com escasso refazimento em relação à versão anterior, conforme o reconhece o próprio PR.

A respectiva regulamentação ocorre apenas e exactamente um ano depois, em 31 Julho de 2017 (decreto Regulamentar n.º 6/2017), precedida de um contraído e lúgubre silêncio em que perpassa uma espantosa e nunca vista concentração de poderes.⁸

A isto acresceu a elaboração de quase irrestritas políticas públicas pelo CNPMA⁹ e insólita autorização — dito apenas “parecer

⁸ Por exemplo: a mesma pessoa intervém em quatro diferentes instâncias — comissão de regulamentação (Despacho n.º 8533-A/2016), centros de pma, cnpma e Ordem dos Médicos — e sem que se conheça, sequer, uma declaração pública de conflitos de interesse.

⁹ Tal regulamentação e políticas públicas permitiam em Portugal:

- a) Que a grávida de substituição tivesse até 50 anos;
- b) Que a grávida de substituição nunca tivesse anteriormente estado grávida, não fosse já mãe biológica nem adoptiva, não podendo, portanto, saber o que é uma gravidez e a maternidade;
- c) Que agências intermediárias de advogados operassem em Portugal recrutando candidatas a eventuais grávidas de substituição (gratuitamente?);
- d) Que a grávida de substituição só tivesse acompanhamento psicológico obrigatório antes da concepção;
- e) Que houvesse acesso irrestrito de não residentes à gravidez de substituição (com conseqüente risco elevado de *lost to follow up*, perda de seguimento, após concepção e saída de Portugal, sem, assim, se poder saber o que efectivamente aconteceu com a grávida, criança e casal beneficiário) — de resto, segundo a comunicação social, cerca de 50% dos candidatos a gravidez de substituição em Portugal eram justamente estrangeiros não residentes.

técnico” (?!)¹⁰ — pela Ordem dos Médicos do primeiro pedido autorizado — em Novembro de 2017 — de gravidez de substituição (largamente divulgado na comunicação social, com a hipotética futura grávida de substituição, com 50 anos e mãe da futura mãe afectiva.

Não obstante terem sido aprovados dois pedidos para gravidez de substituição, o certo é que não sucedeu nenhuma gravidez evolutiva nos casos aprovados até à saída do Acórdão do TC. Assim sendo, nem sequer pôde servir de objectiva pressão adicional a, para alguns, tão desejada *psicologia do facto consumado* — que, neste caso, teria sido o nascimento de já pelo menos uma criança através de gravidez de substituição.

Esta foi, é certo, uma possibilidade, uma dificuldade, que o imenso e pouco plural desassossego mediático¹¹ explorou até à exaustão.

Compreende-se: estando a lei em vigor, poderia sempre criar-se a percepção, a consciência pública que se tratava já de um direito adquirido, adequado, assumido. Donde a eventual ocorrência de gravidezes evolutivas ou, *a fortiori*, de crianças já nascidas através da gravidez de substituição, suscitaria uma outra herança e paisagem, emocional, talvez até moral.

A preparação, discussão e redacção daquilo que veio a ser a lei de gravidez de substituição é, assim, um interessante processo que importa conhecer com alguma detença e detalhe, até para se não repetirem erros semelhantes com resultados porventura ainda piores.

Tratou-se de um processo estruturalmente conduzido *top-down*, sem genuína e alargada participação democrática e debate público de cidadãos, processo oriundo de superestruturas político-parlamentares, com, então, escassíssima discussão na comunidade científica e na sociedade civil — basta consultar até 2016 e entre nós o silêncio e desinteresse desta temática nos programas científicos das sociedades científicas nacionais e na

¹⁰ Nem a expressão “parecer técnico” existe em qualquer lado nem em qualquer texto, nem a Ordem dos Médicos existe para outra coisa, senão para se pronunciar nos planos da Ética e Deontologia.

¹¹ Sem qualquer declaração de interesses de jornalistas, alguns militantemente envolvidos nestas causas “fracturantes”, misturando na mesma peça aparente informação objectiva e neutral com opiniões e convicções pessoais.

imprensa leiga, mesmo que nos restrinjamos à indicação de gravidez de substituição mais consensual, ética e emocionalmente: o caso da mulher que nasce sem útero — síndrome de Rokittanski — e tem um parceiro masculino.

E, por maioria de razão, também indicações ditas “fracturantes” na gravidez de substituição (acesso de mulheres sós, lésbicas e de homossexuais masculinos) eram, nessa altura, questões que, pura e simplesmente, não existiam¹², ao menos nesses *fora*¹³, CNECV incluído, o qual, por isso mesmo, sempre tomou como implícito em 2012 e discutiu e referiu os direitos apenas do chamado “casal beneficiário” (heterossexual, entenda-se), a que alguns chamam “pais intencionais” (*intended parents*, no ordenamento jurídico britânico).

Veja-se, de resto, que, das treze condições cumulativas *sine qua non*, elencadas já em 2012 pelo CNECV, e retomadas em 2016 — tendo agora o CNECV outra composição e outra presidência - e constantes da mensagem do PR junta ao seu veto (o primeiro), quantas dessas treze condições, dizia, tiveram acolhimento na lei e regulamentação em consideração?

Intencionalmente, redigiu-se uma lei de conteúdo minimalista, o mais indeterminada e abrangente possível, evitando, cautelosa e propositadamente, questões que se sabiam inevitavelmente delicadas e polémicas noutros países e, com certeza, também entre nós.

Tudo isto para, objectivamente, proporcionar ao Governo e ao regulador nacional (CNPMA) a possibilidade de entrarem nos “detalhes” que entendessem, através da respectiva regulamentação e políticas públicas (caso do chamado contrato de substituição)¹⁴.

¹² Ver nota de rodapé 3.

¹³ Sem prejuízo de, já em 2010, um desportista português, então aparentemente sem parceira feminina, recorrer a uma gravidez de substituição na Califórnia, assim obtendo o seu primeiro filho, com grande destaque nos media e sem aparente qualquer reflexão ou censura (bio)ética a propósito.

¹⁴ Uma deputada do ps, então vice-presidente da comissão parlamentar de saúde, foi claríssima e explicitou, se dúvidas houvesse, as intenções e propósitos a este respeito: “foram deixadas questões de fora que serão depois respondidas na fase da regulamentação”. *Observador*, 2.6.2016.

Assim foi, e importa que assim não volte a ser. Para que se não encontrem *soluções que são outros tantos problemas*.

A partir de agora, sem pressas nem pressões mediáticas e/ou institucionais, o modelo escolhido para gravidez de substituição deverá, por uma vez, resultar de um debate público e participado de cidadãos, *bottom-up* — transparente, informado, tanto quanto possível racional, alheio a pressões, emoções e comoções mediáticas ou a interesses de *lobbies* nacionais e internacionais, tão poderosos também na procriação medicamente assistida (PMA), proporcionando um ordenamento jurídico estável, moderno, saudável — tudo o contrário do que entre nós sucedeu anteriormente, sobretudo entre 2016 e 2018.

Deverá ser um processo de democracia participativa, transparente, responsável, consignada no artigo 2.º da nossa CRP, tão esquecido e pouco aprofundado, que nada tem a ver com a apologia da democracia directa, seja ou não na moderna versão de “democracia” (às vezes quase ditadura) digital, tantas vezes dominada pela cobardia do anonimato.

No actual entramado, Portugal carece, pois, de um outro modelo para a gravidez de substituição — e é curioso ver o aparente desinteresse e falta de urgência com que parecem estar — agora os mesmos intervenientes outrora tão apressados e activos¹⁵.

Ao se debater e avançar com um outro modelo de gravidez de substituição, haverá que conhecer e considerar:

- a) As soluções e problemas existentes noutras realidades, dentro e fora da Europa¹⁶;

¹⁵ Espanta, ou não, que, salvo erro, desde a publicação do Acórdão em Abril de 2018 nenhum dos responsáveis e/ou autores da lei, regulamentação e políticas públicas tenha publicamente feito ou esboçado a menor mea culpa, por mais parcial que fosse, reconhecendo erros ou erro algures naquilo que se fez, e também nos procedimentos, quer dizer no modo como se fez. Porque poucos são os intervenientes que saem incólume de todo este processo.

¹⁶ É a este propósito revelador o capcioso título de uma conferência anunciada para finais de Setembro de 2018, em Edimburgo, com a qual se pretende contribuir para modificar a actual lei de surrogate mothers no Reino Unido: *Modern Surrogacy needs a modern law: how should we regulate surrogacy in the 21st century?*

Parte-se do princípio, não demonstrado, que a desejada *modern surrogacy* — com acesso de mulheres sós, possibilidade de nenhum dos pais do casal beneficiário ser também progenitor genético e eventual revisão do modelo altruísta em

- b) A situação *sui generis* ocorrida entre nós;
- c) Os dados científicos disponíveis e a reflexão antropológica e bioética que convocam: quem deve ter acesso, como deve ser o acesso.

Do ponto de vista técnico e científico, o recurso à gravidez de substituição não oferece na PMA dificuldades de maior — desde que a eventual grávida de substituição seja saudável, e relativamente jovem em idade fértil.

Sem entrar em detalhes técnicos, refira-se que, se o actual transplante uterino — ainda em fase muito inicial e pouco mais que experimental — vier a ser uma técnica mais difundida e praticável, o recurso à gravidez de substituição poderá diminuir paulatinamente.

Já do ponto de vista antropológico e bioético, a questão gira em torno do próprio *conceito de maternidade* e da relevância que, em vista da dissociação dos seus diferentes momentos — genético, uterino, social, afectivo — cada um deles pode adquirir para cada um dos envolvidos e para a sociedade: *o que é ser mãe?*

Não havendo coincidência nestes quatro tempos, a resposta à questão será sempre controversa e nunca consensual.

No contexto mais vasto do debate existente na PMA, em geral, sobre um *novo modelo de filiação* aplicável a beneficiárias de doação de gâmetas, há quem defenda a *dupla filiação materna*¹⁷, por exemplo no caso de pares de lésbicas em que uma delas é inseminada (tal como o admite a lei n.º 17/2016, que alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA) e ambas vão educar a criança.

Este mesmo raciocínio poder-se-ia aplicar nas mulheres — sós ou lésbicas - que recorreriam à gravidez de substituição com doação de óvulo, com *dupla filiação materna*, que constaria da própria certidão de nascimento: mãe uterina, mãe social¹⁸.

prol do comercial — é um incontestável avanço civilizacional — ignorando os múltiplos e sucessivos problemas já verificados noutras paragens.

¹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?* Paris, 28.6.2018, 63.

¹⁸ Ou mesmo tripla filiação materna: a genética (dá o óvulo), a uterina (empresta o útero), a social (cuida e educa a criança).

Também no caso de não haver casal heterossexual¹⁹ ou, havendo-o, o homem for estéril, haverá que recorrer à doação não anónima de esperma.

Por analogia com mulheres que são mães sem parceiro masculino — mães biológicas ou mães por adopção —, seja isoladamente ou em pares lésbicas, há quem defenda que se devem alargar à PMA (e gravidez de substituição) as soluções jurídicas existentes e encontradas naqueles contextos sociais.

Outros distinguem: num caso estamos perante uma situação social individual, *ad hoc*, em que há que resolver e acolher *a posteriori* uma situação que se lamenta e não deseja: uma gravidez em que o pai biológico morre ou desaparece e/ou uma situação em que uma grávida entrega o seu filho para adopção.

No caso da PMA estamos perante uma situação que se planeia, prepara e até, nuns casos, subsidia, *a priori*.

Concretizando: sempre houve e haverá crianças educadas por mães sós (mães biológicas ou adoptivas), crianças que não conhecem nem conhecerão o respectivo pai biológico, e, nem por isso, a respectiva mãe deixa de ter excelentes competências educativas e a criança é feliz e saudável afectivamente. Quem quer que trabalhe em medicina materno-fetal, pediatria, assistência social hospitalar já lidou com estes casos e conhece-os bem. Mas outra coisa pode ser planejar, preparar, subsidiar até (pelo Estado e pelo SNS) que uma mulher entregue a criança que pariu ao casal beneficiário, ignorando ou minimizando vínculos biológicos e espirituais.

Éticamente, alguns não vêem aqui qualquer diferença. Outros referem que essa pragmática indistinção entre um e outro caso traduz visível diminuição e erosão da *sensibilidade ética*.

A questão do não acesso na legislação anterior dos homens, heterossexuais isolados ou *gays*, à PMA em geral e gravidez de substituição em particular merece alguma reflexão.

Por uma questão de coerência com o artigo 6.º da lei n.º 17/2016 de PM teriam acesso à gravidez de substituição não apenas os casais heterossexuais, mas também as mulheres

¹⁹ Neste caso, não havendo elemento masculino, pode ficar por resolver a questão da filiação paterna (o regresso do pai incógnito?), mesmo que entre nós a doação já não seja anónima desde Abril de 2018.

solteiras e os pares de lésbicas, isto é, “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual.”²⁰, sem útero ou sem útero compatível com gravidez evolutiva.

Independentemente de opções ou preferências pessoais, muitos aqui se perguntam *por que motivo(s) se deixaram de fora*, tanto na nova lei de PMA como na de gravidez de substituição (Lei n.º 25/2016), *os homens, hetero ou homossexuais e pares masculinos, gays*²¹ - tanto mais que, ao que saiba, tal discussão ou debate não foi sequer esboçado, iniciado ou mencionado na discussão parlamentar de 2016, ou anterior ou posteriormente, na AR — sem prejuízo de uma deputada, a título individual e fora do hemiciclo, ter, mais tarde²², expressado pessoalmente a sua opinião favorável.

Assim, a omissão no debate parlamentar de 2016 — e na própria legislação- relativamente ao acesso de homens à PMA, em geral, e à gestação de substituição, em particular, em Portugal merece, aqui, uma breve anotação, ainda que sucinta, dado o carácter e propósito do texto.

Não se tratando certamente de lapso ou esquecimento, como compreender que nem um só deputado ou deputada tenha entre nós abordado tal questão no Parlamento nacional, sabido e consabido que esta indicação é, não só uma das mais controversas e polémicas na Bioética e PMA actual, como uma das que maior fluxo de “turismo reprodutivo” assegura em certos países asiáticos (se bem que em transferência, porquanto a Índia e Tailândia proibiram nas respectivas legislações em 2015 o acesso a não residentes) e nalguns Estados dos EUA, como a Califórnia?

Será que tal silêncio se ficou a dever a mera opção táctica, falta de coragem, avaliação de oportunidade (ou não), talvez enquadrada numa conhecida estratégia de *step by step*: seria o passo seguinte, em breve, quando as inovações entretanto introduzidas — alargamento e ultrapassagem do inicial paradigma heterossexual pelo acesso de mulheres sozinhas e de pares de lés-

²⁰ Sublinhe-se que a lei não estabelece quaisquer limites etários.

²¹ Em 22 de Julho de 2018, quatro dias depois do Likud ter proibido o acesso dos gays à gravidez de substituição em Israel, a comunidade lgbtq israelita manifestou-se violenta e publicamente contra tal proibição.

²² Isabel Moreira, na SIC em 10.10.2017.

bicas — estivessem consolidadas, em “velocidade de cruzeiro”, não se querendo, desde logo, “assustar” os mais moderados que, entretanto, se habituariam ao facto consumado, inelutável e inevitável?

Em qualquer caso, quaisquer que venham a ser as decisões do legislador — porventura apenas depois das eleições legislativas de 2019 — é saudável a existência de todo um debate participativo de cidadãos, com público envolvimento de sociedades científicas e bioeticistas, processo que, desejavelmente e para que os eleitores saibam com o que podem contar, deve igualmente perpassar pelos programas e debates eleitorais, sem prejuízo de uma prática aprofundada de democracia participativa que interaja com a convencional, ainda e sempre ameaçada — e nunca definitivamente adquirida, mesmo na União Europeia —, democracia representativa.

**“QUIS SABER QUEM SOU”:
DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL
E PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA
ENTRE A OCULTAÇÃO MIMÉTICA
E A REVELAÇÃO ALETÉICA**
EM DIÁLOGO COM MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

*João Carlos Loureiro*¹

Convidado a comentar a intervenção de Miguel Oliveira da Silva, centraremos, por razões temporais, a nossa análise na parte do Acórdão n.º 225/2018 respeitante ao anonimato de dadores.

¹ Este estudo insere-se no Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), área de investigação “Vulnerabilidade e Direito”. Razões temporais obrigaram à limitação dos tópicos tratados, não tendo sido considerada, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Outras pistas podem ver-se em diversos escritos do autor, nomeadamente: “Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 3 (2006/6) 5-48; “«O nosso pai é o dador n.º xxx»: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 5 (2010/13) 5-42 [também in Gustavo Pereira Leite RIBEIRO / Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, org., *Bioética e direitos da pessoa humana*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011]; mais recentemente, “Estatuto del nasciturus: una(s) mirada(s) europea(s): vulnerabilidad, derecho(s) y el «imperativo tecnocientífico (considerando especialmente la vida in vitro)”, in António José SÁNCHEZ SÁEZ, coord., *La protección jurídica del nasciturus en el derecho español y comparado*, Granada: Comares, 2018, 83-137, esp. 112-115.

Propomo-nos seguir as seguintes etapas:

- a) Começamos por situar a obra de Miguel Oliveira da Silva no campo das humanidades médicas, tendo presente a importância da literatura;
- b) Sublinharemos o perigo de diferentes reducionismos que ameaçam o debate sobre estas e outras questões no campo da bioética e do direito da saúde;
- c) Focar-nos-emos depois na questão do anonimato de dador e/ou dadora, com fim anunciado, entre nós, no referido acórdão;
- d) Analisaremos, em seguida, o acórdão, começando por discutir a questão da legitimidade;
- e) Finalmente, faremos um pequeno balanço em jeito de conclusão.

I. Miguel Oliveira da Silva: medicina e humanidade(s)

1. *Humanidades médicas e a obra: sobre a tradição/receção (Cabala — I)*

Miguel Oliveira da Silva não ignora as humanidades médicas, procurando dialogar com filósofos que têm pensado a medicina, como, por exemplo, Tristram Engelhardt². Doutorado em Medicina³, é também licenciado em filosofia⁴. Num mundo onde, na radicalização de Engelhardt⁵, tenderíamos a ser “estranhos morais” (proposição que está longe de ser pacífica), pertencentes a comunidades distintas, surgem problemas

² Da numerosa obra de Tristram Engelhardt, vd. *Fundamentos da bioética*, São Paulo: Loyola, 1998; *The foundations of Christian bioethics*, Lisse / Abingdon / Exton — PA / Tokyo: Swets & Zeitlinger, 2000; *Dopo dio: morale e bioetica in un mondo laico*, Claudiana: Torino, 2014.

³ Doutoramento em Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa (1992).

⁴ Licenciado em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (1998).

⁵ Miguel Oliveira da Silva refere-o em *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos*, Alfragide: Caminho, 2017, 82.

acrescidos em tempos de hipercomplexidade e fragmentaridade, que desafiam o médico a não se refugiar no puro saber (bio) médico, sem reduzir as humanidades a “disciplinas exóticas” (*Orchidenfächer*)⁶.

As humanidades médicas têm tido, entre nós, cultores de peso. Limitando-nos aos que já embarcaram para a eterna viagem — nadificante ou luminosa (numinosa), consoante as perspetivas —, o seu cultivo foi entre nós magnificamente exercido por João Lobo Antunes⁷, que sublinhava o “consolo das humanidades”⁸, e por Daniel Serrão⁹, também ele em diálogo

⁶ Diego GRACIA, “Contribución de las humanidades médicas a la formación del médico”, *Humanitas — Humanidades Médicas* (2006/1) 13-32, 16, baseando-se em Pedro Laín Entralgo.

⁷ Por exemplo, João Lobo ANTUNES, *Um modo de ser: ensaios*, Lisboa: Gradiva, 1996; IDEM, *Sobre a mão e outros ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2005; IDEM, *O eco silencioso*, Lisboa: Gradiva, 2008; IDEM, *Ouvir com outros olhos: ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2015.

⁸ João Lobo ANTUNES, “O consolo das humanidades”, in IDEM, *Ouvir com outros olhos*, 35-47.

⁹ Vd., por exemplo, Daniel Serrão, “Bio-ética: Perspectiva médica”, *CADERNOS DE Bio-Ética* (1990/1), 10-21 [vd. também *Revista da Ordem dos Advogados* 51 (1991) 419-428: disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B2e848906-fb-96-4c58-bb8e-05d78eeff16e%7D.pdf>>]; IDEM, “Bioética: a aventura de uma utopia saudável”, *Colóquio/Ciência* (1996/18) 59-66; IDEM, “Archeo-biologia e bioética: um encontro não conflituoso”, in *Ars interpretandi: diálogo e tempo*, I, Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 2000, 235-264; IDEM, “Questões de bioética”, in Anselmo BORGES, coord., *Deus no século XXI e o futuro do cristianismo*, Porto: Campo das Letras, 2007; IDEM, *Procurar a sabedoria, partilhar o conhecimento*, Porto: Cofanor+formação, 2010; IDEM, “A bioética, ponte para o futuro”, in *A bioética e o futuro*, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1995, 163-165; IDEM, *Na Academia das Ciências: comunicações regimentais, elogios académicos, outras participações*, Porto, 2010. Sobre a obra de Daniel Serrão, vd. Ana Sofia CARVALHO / Manuel Valente ALVES, coord., *Daniel Serrão — Um retrato*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2008; Henrique Manuel S. Pereira, *Daniel Serrão, aqui diante de mim*, Lisboa: Esfera do Caos, 2011; Carlos Costa GOMES, “O pensamento bioético de Daniel Serrão; a ‘gênese e fio condutor’”, *Revista Portuguesa de Bioética* 17 (2012), 129-130; IDEM, *O pensamento bioético de Daniel Serrão*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2013; IDEM, “Daniel Serrão: procurador do saber, da verdade e do conhecimento”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 65-72; João Carlos LOUREIRO, “*Opus bioethicae pax?*: (Para) ler Daniel Serrão”, *Revista Portuguesa de Bioética* 12 (2010) 431-450; IDEM, “Dignidade, sabedoria e felicidade na construção da bioética e do direito da saúde: breve reflexão em torno de contributos de Daniel Serrão e Barbosa de Melo”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 7-44; Paula Martinho da SILVA, “Daniel Serrão — “introdutor,

com a literatura e a filosofia, e que, a partir de uma afirmação de Viktor Frankl¹⁰, sintetizava reiteradamente que “[o] ato médico, porque é encontro de Pessoas, está obrigatoriamente imerso no universo ético”¹¹.

Miguel Oliveira da Silva é um cultor da bioética, tendo sido Presidente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)¹². A par da sua bibliografia estritamente médica, da qual não curamos aqui, tem diferentes trabalhos neste campo, de que destacamos três livros: *Sete teses sobre o aborto* (2005)¹³, *Ciência, religião e bioética no início da vida* (2006)¹⁴ e, mais recentemente, com especial relevância para o nosso diálogo, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos* (2017)¹⁵.

Antecipando teses que serão retomadas e que foram reafirmadas na comunicação de Miguel Oliveira da Silva, podemos dizer que, quanto aos dois pontos do acórdão, tem assumido posições na esfera pública. Começando pela questão do anonimato de dadores, logo no ano de aprovação da Lei de Procriação Medicamente Assistida, confessava que, tendo votado o Parecer n.º 44/2004, do CNECV, e não se havendo afastado, na sua Declaração de Voto, da posição do Conselho, “(...) não est[ava]

difusor e inovador da bioética em Portugal, com relevo para o seu contributo para o CNECV”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 45-54; Jorge SOARES, “Daniel Serrão: o anatomo-patologista”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018), 55-60; Filipe ALMEIDA, “Evocação de Daniel Serrão”, *Revista Portuguesa de Bioética* 24 (2017-2018) 61-64; “Daniel Serrão (1928)”, in Maria do Céu Patrão NEVES, *A origem da bioética em Portugal através dos seus pioneiros*, Porto: Fronteira do Caos, 2016, 79-104.

¹⁰ Na referida entrevista a Maria do Céu Patrão Neves [“Daniel Serrão (1928)”, 89], esclarece que a frase inspiradora é a seguinte: “Podemos, sin embargo, afirmar que ningún acto de la práctica médica se halla de antemano al margen del problema valorativo o libre de todo supuesto de carácter ético” (*Psicoanálisis y existencialismo*, 1950).

¹¹ “Daniel Serrão (1928)”, 89.

¹² Entre 2009 e 2014.

¹³ Miguel Oliveira da SILVA, *Sete teses sobre o aborto*, Lisboa: Caminho, 2005.

¹⁴ Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, Lisboa: Caminho, 2006.

¹⁵ Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer: para um debate de cidadãos*, Lisboa: Editorial Caminho, 2017.

talvez nas melhores condições para (...) lhe manifestar algum distanciamento”¹⁶. Mas não deixava de escrever:

“(…) a verdade é que tenho hoje algumas dúvidas sobre o que verdadeiramente pode significar para a identidade pessoal e biológica o facto de, a partir dos 18 anos, se poder conhecer o(s) dador(es) de gâmetas”¹⁷.

Quanto a este tópico, as dúvidas de Miguel Oliveira da Silva deram lugar a uma oposição clara à solução do anonimato. Na verdade, afirma agora:

“O anonimato na doação de gâmetas, já então controverso em 2006 mas que alguns ainda toleravam, é hoje eticamente inaceitável à luz de estudos e relatórios entretanto divulgados nos países europeus em que este fenómeno foi e é estudado e debatido”¹⁸.

E mais à frente, escreve:

“Em nome da autodeterminação e de, a meu ver, uma excessiva e desequilibrada proteção de direitos e da liberdade individual de uns, subalterniza-se a dimensão social da escolha pessoal, negam-se direitos individuais a outros. É o caso do desrespeito pelos elementares direitos das crianças (a poder conhecer a sua identidade) na PMA, em que se utilizam os indefesos, os vulneráveis e se desprezam os mais fracos”¹⁹

Na nossa exposição, centrada na questão do anonimato, consideraremos, mais de perto, os argumentos de Miguel Oliveira da Silva.

Impõe-se ainda uma referência breve à maternidade de substituição²⁰. No texto editado em 2017, procede, sob a epígrafe “barrigas de aluguer”²¹, a uma análise da maternidade de substituição a título oneroso ou gratuito, e a um novelo de problemas envolvidos. Menciona o seu voto favorável ao Parecer

¹⁶ Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, 93.

¹⁷ Miguel Oliveira da SILVA, *Ciência, religião e bioética no início da vida*, 93.

¹⁸ Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 23-24.

¹⁹ Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 35.

²⁰ Tratámos do tema em “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação: tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in Manuel da Costa Andrade *et al.*, org., *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 1387-1430.

²¹ Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 157.

63/ CNECV/2012, onde se admitia, a título excepcional, a figura, sujeita a um conjunto estrito de condições.

Repare-se que ambas as questões centrais do acórdão — a chamada gestação de substituição, tradicionalmente conhecida por maternidade de substituição, e o problema do anonimato — têm cruzamentos com as humanidades. No primeiro caso, recorda-se o triângulo Abraão, Sara e Agar, tendo a maternidade de substituição estado na génese de um conflito que ainda hoje se manifesta no enfrentamento entre os filhos de Isaac e de Ismael; em relação ao anonimato, vem-nos à memória o mundo cabalístico. Num quadro social anterior, em que se fingia a paternidade biológica de homens estéreis, entende-se a conspiração do silêncio sobre as origens, uma espécie de cabala (no sentido de combinação secreta). Em sociedades marcadas por um “amor reflexivo (pós-moderno)”²² (ou será antes tardomoderno²³ ou mesmo neomoderno?²⁴), onde se desenvolvem novas “parentalidades” (esta palavra que em português se mostra inadequada — *Parents/Eltern* não são os nossos parentes) e novas realidades, há uma série de segredos que, ao menos em parte, não escapam ao confronto com a realidade. Com efeito, duas mulheres, ao menos por ora, não podem ser as únicas intervenientes.

Esta nova experiência (alguns diriam que se trata mais de experimentação) põe em causa o tradicional modelo mimético e secretista que não resiste a um mundo onde a ficção da paternidade não é, em diferentes casos, possível: ninguém nasce apenas de duas mães ou dois pais e a chamada maternidade independente pressupõe o concurso de esperma de um homem.

Na modernidade, um dos impulsos fundamentais para o desenvolvimento da ciência foi a da racionalidade e da existência de um livro da natureza que poderia ser caminho para Deus, ainda que este fosse deisticamente acantonado. Ora, se a cabala se centra nos livros sagrados — na Torá —, procurando des-

²² Hille HAKER, *Ethik der genetischen Frühdiagnostik: sozialetische Reflexionen zur Verantwortung am Beginn des menschlichen Lebens*, Paderborn: Mentis, 2002, 81-87.

²³ Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid: Tecnos, 2000.

²⁴ Sobre a neomodernidade, vd. Roberto MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino: Einaudi, 2017.

velar o sentido oculto, a genómica veio também mobilizar letras como forma de descodificação. Mais: Golem, um elemento recorrente na cabalística e que alimenta o nosso imaginário, teria resultado da recitação ordenada das várias combinações possíveis de letras²⁵.

A difusão dos testes genéticos está a permitir tornar patente a não pertença genética: descobre-se crescentemente, até por necessidades médicas, a falsidade do relato (oculto), com o impacto que isto assume, em muitos casos, em termos de identidade.

Em *Menina e moça*, testemunho de um gnosticismo — amoroso —, encontramos uma passagem que Hélder Macedo²⁶ sublinha, dizendo que “foi Bernardim, não (...) Freud, quem escreveu: «em longa noite esteve assim, até que o cansaço do corpo adormeceu aquela parte dos sentidos sobre que tinha poder. Sonhos e fantasias ocuparam a outra»”. Simplesmente, para muitos não é apenas a viagem fantástica da noite, mas uma vida de procura dessas origens, de descodificação do enigma pessoal que os mobiliza e os leva a organizar-se para reivindicar, na esfera pública, um direito ao conhecimento da identidade dos dadores.

2. Neognosticismo ou a instrumentalidade do corpo: o útero não importa ou sobre a espiritualização do amor (Cabala II)

Mergulhando nas raízes — mais do que episódios soltos, importa perceber o fio narrativo —, exige-se ter presente a circunstância da maternidade de substituição. Desde logo, a possibilitação técnica — na verdade, a história é um “processo de possibilitação”²⁷; em segundo lugar, a mutação de concepções sobre

²⁵ Joseph RATZINGER, “El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana”, in *Bioética: consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, Madrid: Rialp, 1992, 49-66, 54.

²⁶ Hélder MACEDO, *Do significado oculto da Menina e Moça*, 2.^a ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1999.

²⁷ A partir da reflexão de Zubiri, veja-se Diego GRACIA, “Poder y salud en la historia”, in IDEM, *Como arqueros al blanco: estudios de bioética*, Madrid: Triacastela, 2004, 17-26.

a família e o amor em sociedades pós-cristãs²⁸, pós-seculares²⁹ e líquidas³⁰, no quadro do autonomismo e da felicidade, essa palavra equívoca, cuja genealogia conceitual não é possível traçar agora. E finalmente, a persistência de um neognosticismo³¹ que desvaloriza o corpo e, no limite, considera-o impuro — e sublinha o amor espiritualizado, num tempo de Revolução GNR — Genética, Nanotecnologia e Robótica.

Na questão da subsidiariedade em relação à adoção³², poderíamos dizer que estamos entre a chamada “parentalidade” e a paternidade (biológica). Por um lado, dizem que o que faz a parentalidade é o amor — a afetividade e o cuidado; mas, por outro, temos o geneticismo. Escreve:

“[h]á aqui muito de determinismo genético, de sacralização genética, como se os genes fossem tudo, ou quase tudo, como se a pessoa humana se reduzisse aos seus genes: o DNA é a minha assinatura indelével, a minha marca”³³.

II. Realidade: os textos e os contextos

1. *Objeto(s) e sujeito(s): de que(m) falamos?*

Precisemos de que falamos quando tratamos de anonimato de dador(es). Começando por uma delimitação negativa, im-

²⁸ João DUQUE, *Cultura contemporânea e cristianismo*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004, 29.

²⁹ Sobre o pós-secular, cf. Jürgen Habermas (*Glauben und Wissen*, 2001; há tradução brasileira: “Fé e saber”, in Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, São Paulo: Martins Fontes, 2004, 135-154, 138-140). Para além de um uso menos divulgado, associado à Nova Era (*New Age*), veja-se ainda a proposta da *ortodoxia radical*, numa crítica à razão iluminista (exemplarmente, John Milbank, *Theology and social theory: beyond secular reason*, Oxford: Blackwell, 2002).

³⁰ Zygmunt BAUMAN, *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, Lisboa: Relógio de Água, 2008.

³¹ Gabriel GANASCIA, *O mito da singularidade: devemos temer a inteligência artificial?*, Lisboa: Temas e Debates / Círculo de Leitores, 2018, 73, fala de “gnosés modernas”.

³² Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 110.

³³ Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, 110-111.

porta sublinhar que não há que confundir a questão com a confidencialidade ou segredo a que estão obrigados os profissionais de saúde intervenientes.

Pela positiva, duas são as dimensões a considerar:

- a) vertical, que passa pela possibilidade de os descendentes conhecerem os dadores de gâmetas ou a pessoa que gerou para outrem;
- b) horizontal, entre irmãos do ponto de vista genético (tradução jurídica: proibição do incesto, a não confundir com a criminalização do incesto, via que continua a ser a alemã³⁴, mas não a portuguesa). Para além disso, discute-se a possibilidade de conhecimento entre “meios-irmãos” genéticos, desde que haja consentimento, solução que foi adotada no Reino Unido, mas não está isenta de problemas³⁵.

2. Complexidade(s)

2.1. Tentação dos reducionismos: sobre a mestiçagem do mundo

A primeira tentação nesta discussão passa pelos reducionismos simplificadores do mundo. Antes de mergulharmos no debate, importa, pois, alertar para vários reducionismos que surgem neste campo: religioso, político, feminista e cienticista.

2.1.1 Reduccionismo religioso

Quando, na esfera pública, se discutem muitas questões bioéticas e do direito da saúde, é frequente a tentativa de deslegitimação dos adversários rotulando de religiosas as suas posições, vistas, em tempos de secularização, como incompatíveis com o Estado laico. Há, desde logo, uma discussão de fundo: será le-

³⁴ § 173 *Strafgesetzbuch (StGB)*. Vd. a tomada de posição do Deutscher Ethikrat, *Inzestverbot: Stellungnahme*, Berlin: Deutscher Ethikrat, 2014 (há tradução inglesa: *Incest prohibition: opinion*, Berlin: Deutscher Ethikrat, 2016).

³⁵ Eric BLYTH, “Disclosing donor information: a new code of silence?”, 9/3/2009 (disponível em https://www.bionews.org.uk/page_91683).

gítimo, em sociedades plurais e fragmentárias, argumentar partindo de pressupostos mundividenciais religiosos ou outros (na terminologia de Rawls, “doutrinas abrangentes”³⁶)? Ou haverá, como pretende um conhecido agnóstico da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, uma mais-valia do religioso (ainda?) não inteiramente traduzida noutra tipo de argumentos?³⁷

Independentemente da resposta aprofundada a estas questões, importa sublinhar que em muitos pontos teríamos batismos à força e uma verdadeira máquina de produzir hereges. Batismos à força, pois há um conjunto de pessoas que são agnósticas ou ateias e, que, no entanto, defendem posições contrárias, por exemplo, ao aborto (paradigmaticamente, Norberto Bobbio); ou católicos feitos “hereges”, como Daniel Serrão³⁸, membro da Academia Pontifícia das Ciências da Vida, que sustentaram, em clara dissonância com o Magistério, não ser um embrião o resultado de um processo de clonagem por via de transferência nuclear somática. Não é, pois, adequado trilhar esta via.

2.1.2 Reduccionismo político

É corrente encontrarmos, no campo da bioética, a tese de que um conjunto de posições mais críticas da tecnociência é necessariamente sinónimo de uma proibição politicamente conservadora ou mesmo reacionária. No entanto, também aqui o mundo se revela mais complexo. Basta olharmos, por exemplo, para as posições dos partidos que apoiaram o reconhecimento de um direito à identidade do conhecimento da ascendência genética nos Países Baixos, pondo fim à solução do anonimato. Assim, aos Cristãos Democratas juntaram-se os liberais e a esquerda, embora haja diferenças no plano argumentativo: em relação aos últimos, o núcleo da defesa do conhecimento da

³⁶ John RAWLS, *Political liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

³⁷ Como referimos, Jürgen Habermas tem vindo a falar de pós-secular: cf. “Fé e saber”, 138-140; mais recentemente, IDEM, “Religion in der Öffentlichkeit der »postsäkularen« Gesellschaft”, in IDEM, *Nachmetaphysisches Denken*, Berlin: Suhrkamp, 2012, 308-327.

³⁸ Daniel SERRÃO, “Que estatuto para um ‘clone’ humano?”, *Boletim da Ordem dos Advogados* 24-25 (2003) 8-9.

ascendência genética passou pelo direito à autodeterminação informacional ou informativa e não pelo desfasamento entre biologia e direito³⁹.

2.1.3 Reduccionismo feminista

Um outro perigo é o reduccionismo feminista. Em bom rigor, o feminismo diz-se no plural, sendo vasta a paleta (por exemplo, um feminismo da igualdade e um feminismo do género)⁴⁰. Lendo textos publicados no quadro da discussão, encontramos, no entanto, a tentativa de qualificar os adversários quer do anonimato quer da gestação para outrem como uma espécie de demónios antifeministas. Na verdade, há feminismos que criticam quer o anonimato e as possibilidades de “produção” independente, quer a maternidade de substituição, podendo as objeções ser mais gerais — dirigidas contra a procriação medicamente assistida.

2.1.4 Reduccionismo cientista

Um último reduccionismo passa por tentar reduzir as questões do nível bioético e do direito ao plano científico. É verdade que importa ter um retrato claro, nomeadamente do ponto de vista biológico. Contudo, conceitos como o de pessoa humana, por exemplo, situam-se num registo que é axiológico, ou melhor, ontoaxiológico, sem que se desconheça a relevância da biologia e da genética. Por exemplo, em sede da chamada gestação para outrem sabe-se que o útero não é um mero contentor neutro. Recuperamos texto que mobilizámos noutra ocasião: falamos do relatório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). No ponto 3.4., intitulado *O ambiente uterino e sua influência determinante na pessoa humana*, lê-se⁴¹:

³⁹ Richard John BLAUWHOFF, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Intersentia, 2008, 318.

⁴⁰ Laura PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino: Giapichelli Editore, 2011, 41.

⁴¹ Miguel Oliveira da SILVA, *Relatório sobre procriação medicamente assistida*

“O micro-ambiente uterino condiciona o funcionamento da placenta e o desenvolvimento do epigenoma fetal, isto sem alterar a sequência do DNA, leva a modificações do epigenoma (conjunto das modificações na cromatina, por metilação da DNA, modificações na histona e no micro RNA não codificante (*non-coding*)).

A gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspetos, o momento por excelência de ativa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (ativação e desativação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intrauterina, ativando uns genes, desativando outros, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno cientificamente cada vez mais determinante no futuro do embrião-feto e que, obviamente, varia de útero para útero.

O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética).

A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião.

E inversamente: o embrião/ feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) — nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna.

A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe “legal-social”, mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento — a relação não termina com o cumprimento do contrato”.

Como reconhece o Relatório, há uma diferente identidade (epi)genética de cada ser humano para a qual contribui também a relação entre o embrião e, mais tarde, o feto, e a mãe. Não cabendo aqui a descrição da complexidade biológica e os diferentes tempos deste processo, sublinham-se fenómenos como o chamado microquimerismo maternal, ou seja, há uma memória da cada gravidez ao nível do organismo materno. Com efeito, como se pode ler no texto elaborado por uma equipa dirigida por Natalia López Moratalla⁴², Professora Catedrática de Bioquímica e de Biologia Molecular, “os órgãos da mãe contém células procedentes do feto que gerou”. Dotadas de uma grande capacidade de diferenciação, têm inclusivamente capacidade re-

(PMA) e gravidez de substituição, 29-30. As afirmações remetem para um conjunto de referências em nota que não transcrevemos, mas que podem ser facilmente consultadas lendo o documento fonte.

⁴² Natalia LÓPEZ MORATALLA, *La comunicación materno-filial en el embarazo: el vínculo de apego*, Pamplona: EUNSA, 2008, 52.

paradora de patologias da mãe, atestada, por exemplo, em relação a cardiopatias⁴³.

Não perfilhamos, pois, qualquer anticientismo⁴⁴, mas importa ter presente os perigos do reducionismo biológico.

2.2. Fatores

Esta tendência para o ataque ao anonimato absoluto passou pela tomada a sério da geneticização da medicina e o caráter familiar da informação genética⁴⁵. Esta dimensão abriu crescentemente portas à necessidade de aceder a informação genética, mas ainda aqui seria possível um modelo sem conhecimento de identidade. Verdadeiramente, na nossa análise, não se trata de defender uma mudança de paradigma apoiando-se em razões de saúde, mas de um direito autónomo à identidade. Do ponto de vista do bem-estar das pessoas resultantes de dádiva de gâmetas, têm sido apresentados estudos que revelam o impacto negativo do anonimato⁴⁶. Há ainda argumentos que valem apenas

⁴³ Natalia LÓPEZ MORATALLA, *La comunicación materno-filial en el embarazo*, 53.

⁴⁴ Para uma breve caracterização, com algumas referências à história portuguesa, vd. Carlos FIOLHAIS, "Anticientismo", in *Dicionário dos Antis: a cultura portuguesa em negativo*, vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, 370-374.

⁴⁵ Em geral, vd. o que escrevemos em João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, 2003, vol. II.

⁴⁶ Acresce o número crescente de pessoas que, tendo nascido com o concurso de gâmetas de dador, dão conta da importância do conhecimento da ascendência genética. Em relação aos estudos neste campo, também aqui se tem tradicionalmente ressaltado a importância de alguma cautela. Vejam-se, por exemplo, as considerações de Eric Blyth ["To be or not to be? A critical appraisal of the welfare of *children* conceived through new reproductive technologies", *International Journal of Children's Rights* 16 (2008) 505-522], sem prejuízo de, na década entretanto transcorrida, ter crescido a informação disponível: "much of the available information about donor conception is limited to DI itself and is based either on small-scale empirical studies that are inherently biased because many children in study families are unaware of the nature of their conception, or on anecdotal accounts from a comparatively small-group of donor conceived individuals of have learned about their conception in a variety of ways — not all of which have either been planned or positive experiences — and most of whom have little, if any, information about their donor or other genetic relatives — or indeed, whether they have any other genetic relatives at all" (511). Ora, é precisamente o mesmo autor, num artigo em coautoria, [Eric BLYTH / Marylin

em certas culturas, não podendo ser transferidos: pense-se, por exemplo, na Nova Zelândia⁴⁷, onde o conhecimento dos antecessores biológicos assume um papel fundamental. Apontando para a família alargada, a genealogia (*whakapapa*) permite esse estabelecimento de laços com o ancestral. Assim, as *Guidelines for the Use of Assisted Reproductive Technology* exigem que

“all children born as a result of ART have unconstrained access to information that readily identifies the child’s biological parents”⁴⁸.

CRAWSHAW / Lucy FRITH / Caroline JONES, “Donor-conceived people’s views and experiences of their genetic origins: a critical analysis of the research evidence”, *Journal of Law and Medicine* 19 (2012) 769-789] que, anos depois, vem sustentar o seguinte: “[a]lthough a number of methodological limitations in the research base are identified, the authors conclude that the evidence is sufficiently robust to promote the implementation of policies and practices that promote transparency and openness in collaborative reproduction, thus reflecting the importance of maximising future choices and opportunities for donor-conceived persons” (Abstract, 769).

Em relação ao argumento de que muitas pessoas não existiram não fora a dádiva, Margaret Somerville [“Donor conception and children’s rights: «First, do no harm»”, *Canadian Medical Association Journal* 183 (2011) 280] dá conta do depoimento de Joanna Rose, ela própria nascida com recurso ao esperma de um dador anónimo: “[f]aced with the argument that she should not complain about the mode of her conception, because she would not exist otherwise, she responded, “If I were the result of rape, I would still be glad to be alive, but that doesn’t mean I or anyone else should approve of rape.” E acrescenta: “I am saying that many people are conceived in ways that cause them deep and ongoing sadness and distress, and that donor offspring have the right to say how we are affected too. Many donor offspring, I know, frequently say that they would prefer to be conceived from a one night stand rather than from sperm donation which is a clinical, often commercial conception between strangers, who are your genetic parents. This, along with the intentional alienation of all our associated kinship and cultural heritage on the donor’s side, is a source of profound identity loss and burden for us. I wish others would [take the time to listen and think about what we say]. The message is that donor conception and in particularly anonymous donor conception has had a hugely negative impact on our well-being. Can you hear that?”.

⁴⁷ Para uma síntese, vd. Jeanne SNELLING, “A time for change? The different approaches of Canada and New Zealand to donor conception and donor identification”, in Trudo LEMMENS *et al.*, ed., *Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human regulation*, Toronto / Buffalo / London: University of Toronto Press, 2017, 206-231, 209-211.

⁴⁸ *Guidelines for the Use of Assisted Reproductive Technology* apud Jeanne Snelling, “A time for change?”, 210.

3. O que podemos? As lições da ciência em tempos de geneticização

3.1. Rasto da genética ou o fim fáctico do anonimato?

O cenário que se desenha é o de uma possível obsolescência ou, pelo menos, de um fortíssimo encolhimento do campo do anonimato⁴⁹. Com efeito, o desenvolvimento dos megadados (*big data*), associados à redução dos custos de testes genómicos, que massificaram a sua realização, tem permitido crescentemente a identificação dos dadores. São já significativos os casos que apontam neste sentido. Há poucos anos, perante a nova realidade, a *European Society of Human Genetics (ESHG)* e a *European Society for Human Reproduction and Embryology (ESHRE)* criaram um grupo de trabalho conjunto. Este veio alertar⁵⁰ para o facto de já não ser mais possível garantir o anonimato, perante uma situação de multiplicação de testes DTC (*Direct to consumer*) e também de bancos de dados como, por exemplo, o *Family Tree DNA*⁵¹.

3.2. Implicações jurídicas ou aprender com o banco Cryos

Esta mudança não pode deixar de ter impacto em sede de obrigações de informação em relação a dadores e beneficiários. Isto significa que, no caso dos modelos de anonimato, com especial pertinência em relação aos que consagram o anonimato absoluto, mas ainda assim relevante para as hipóteses em que o anonimato pode ser levantado, esta informação deve ser comunicada. Ou seja, importa aprender com o banco dinamarquês *Cryos* que passou a inserir o seguinte aviso em diferentes línguas, entre as quais o português:

⁴⁹ Joyce C. HARPER / Debbie KENNET / Dan REISEL, “*The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of the business*”, *Human Reproduction* 31 (2016/6) 1135-1140.

⁵⁰ Cf. J. C. HARPER *et al.*, “Recent developments in genetics and medically-assisted reproduction: from research to clinical applications”, *European Journal of Human Genetics* 26/1 (2018) 12-33.

⁵¹ <<https://www.familytreedna.com>>.

“Os doadores são anónimos ou não anónimos. Estas definições não significam que os doadores não são identificáveis. Uma vez que o esperma dos doadores inclui o ADN, há sempre o risco dos doadores, destinatários e crianças poderem ser identificados através da análise de ADN, o que pode pôr em causa a privacidade”⁵².

A advertência corresponde, aliás, a uma prática recomendada pelas mencionadas sociedades europeias⁵³.

3.3. Mudança de paradigma — do mimético ao aletético?

Tradicionalmente, a procriação assistida com dador assentava num modelo mimético. Ou seja, o anonimato propiciava a ocultação da realidade e da história, permitindo a imitação da normal procriação. Contudo, assistimos à emergência de novas realidades, como a abertura a produtoras independentes e às uniões, de facto ou de direito, entre pessoas do mesmo sexo. Ora, neste caso não é possível um modelo mimético, pelo que é evidente que a geração não pode resultar de duas mulheres. Nos Países Baixos, no âmbito do sistema anterior em que era possível optar entre o recurso a um dador identificável e anónimo, 98% dos pares lésbicos tinham escolhido esta última solução, contrastando com 63% de casais heterossexuais que fizeram o mesmo⁵⁴.

Também as possibilidades de conhecimento acima referidas são circunstâncias convocadas para, em sistemas de anonimato, ser repensada a solução⁵⁵. Acresce, e para nós assume um papel

⁵² <<https://dk-pt.cryosinternational.com/esperma-de-um-dador/os-dadores>>.

⁵³ “[A]nonymous gamete donors should be informed that even though the fertility centre or donor agency will strive to protect their identity, their anonymity cannot be absolutely guaranteed. They should be made aware of the fact that even if they do not submit their DNA to one of the donor registries, they themselves or one of their relatives could be identified. Also, the donor’s own (future) biological offspring may find half-siblings through these registries” [“Recent developments in genetics and medically-assisted reproduction: from research to clinical applications”; repare-se que o artigo foi publicado “on behalf of the European Society of Human Reproduction and Embryology and European Society of Human Genetics”].

⁵⁴ Dados referidos por Richard John BLAUWHOFF, *Foundational facts, relative truths*, 347.

⁵⁵ Por exemplo, SOUTH AFRICAN LAW REFORM COMMISSION, “The right to know one’s own biological origins”, *Issue paper 32, Project 140*, Pretoria, (20 may 2017), iii.

central, que temos assistido a um reconhecimento do direito ao conhecimento das suas origens genéticas quer no plano internacional quer interno, ainda que, no último caso, como veremos, há quem diga que se trata de uma mera opção legal e não de uma posição *jusfundamental*.

Neste sentido, criaram-se as condições para um paradigma aletéico, assente na verdade e na possibilidade de conhecimento.

O paradigma aletéico passa, desde logo, pela abertura dos pais a contarem aos filhos a sua origem. Tradicionalmente, ou seja, no modelo mimético, assumia-se que era também no interesse da criança a não revelação, em sociedades moralmente mais fechadas. Fala-se, pois, de “segredos protetores” (*schützende Geheimnisse*)⁵⁶. Contudo, podemos distinguir esta revelação quanto ao modo de gestação da questão da identidade do(a) dador(a).

A situação poderá mudar, eventualmente, com o desenvolvimento de gâmetas artificiais que tornem residual a procriação medicamente assistida com dador(a).

4. *O que fazem os outros?*

Tradicionalmente, contrapunham-se dois grandes modelos: *a*) anonimato; *b*) conhecimento da ascendência genética. Contudo, a paleta revela-se mais complexa, como veremos já de seguida.

3.1. Modelos

Com a admissibilidade da procriação com dador(a), não importando agora avaliar se, na ótica constitucional, se trata apenas de uma permissão ou de uma exigência constitucional alicerçada na liberdade de procriar, não pode deixar de se pôr o problema de saber se, em relação às crianças a nascer, valerá ou não o modelo do anonimato ou antes se reconhece um direito ao conhecimento da sua ascendência genética. Na verdade, há uma paleta de soluções que se podem individualizar, a saber:

⁵⁶ Heinz KINDLER *et al.*, “Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht”, *Neue Zeitschrift Familienrecht* (2017) 929-935, 931.

- a) Modelo de *anonimato absoluto*, uma espécie de equivalente laico ao segredo da confissão, que tem vindo a ser abalado pelas possibilidades da genética e da biomedicina, individualizando casos onde, por razões de saúde, se apontaria para algumas exceções. Conhecido também como modelo francês, começou por constar de normas dos CECOS (*Centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme*), sendo consagrado legislativamente em 1994⁵⁷. Acrescente-se que, no entanto, também em França o anonimato é crescentemente controverso, sem que a legislação tenha sido alterada. Aliás, ainda há poucos anos o *Conseil d'État*⁵⁸ confirmou esta resposta legal;
- b) Modelo do *anonimato mitigado*, mas com possibilidade, por “razões ponderosas” (para utilizarmos a fórmula da nossa LPMA — Lei de Procriação Medicamente Assistida), de afastar o segredo, estabelecendo-se mecanismos procedimentais adequados (no caso português, jurisdicionais);
- c) Modelo do direito, *prima facie*, ao conhecimento da ascendência genética, admitindo-se que, excecionalmente, tal não se verifique, solução defendida na doutrina por Rafael Vale e Reis⁵⁹ e agora com respaldo no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018;
- d) Modelo consagrador do *direito ao conhecimento, sem reservas, da ascendência genética*, também conhecido por modelo sueco⁶⁰, recebido noutros países, como o Reino Unido;

⁵⁷ No quadro das chamadas Leis da bioética, de 29 de julho de 1994.

⁵⁸ *Conseil d'État*, 12/11/2015.

⁵⁹ Rafael Vale e REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008 (nas p. 479-480 pode ver-se, inclusivamente, uma proposta de alteração legislativa; mais recentemente, IDEM, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na procriação medicamente assistida?” in João Loureiro/ André Dias PEREIRA / Carla BARBOSA, coord., *Direito da saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 4, Almedina: Coimbra, 2016, 159-176, 174-176.

⁶⁰ *Lei sobre a inseminação (Lag om insemination)*, de 1984, em vigor desde 1 de março de 1985, estabelecendo um direito ao conhecimento das suas origens (*rätt att få vetta sitt ursprung*). De acordo com o texto do *Socialstyrelsen (Socialstyrelsens foreskrifter och allmänna råd om inseminationer)*, de 1987 (http://www.sos.se/sofs/1987_6/1987_6.htm), tomou-se a sério a analogia entre a inseminação com dador e a adoção: cf. *Assisted reproduction in Nordic countries: a compa-*

- e) Finalmente, *modelos mistos ou duais* (também conhecidos como de *double track*) em que se admitem previamente as duas possibilidades, ou seja, é possível escolher entre anonimato e identificação, solução consagrada na Dinamarca e na Islândia⁶¹ (e era anteriormente o quadro holandês)⁶².

Olhando para o panorama, o direito ao conhecimento da ascendência genética, para além da Suécia, mereceu acolhimento nos Países Baixos⁶³, no Reino Unido⁶⁴, na Suíça⁶⁵, na Áustria⁶⁶, na Alemanha⁶⁷, Noruega⁶⁸, Finlândia⁶⁹, mas também fora da

rative study of policies and regulation, Copenhagen, 2006 (<http://www.norden.org/pub/ovrigt/ovrigt/uk/TN2006505.pdf>), 18-19. Vd. agora a *Lagen (2006: 351) om genetisk integritet* (https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351), Cap. 6 (Inseminação), § 5, e Cap. 7 (Fecundação *in vitro*), § 7.

⁶¹ Sobre a legislação nos países nórdicos, vd. NORDIC COMMITTEE ON BIOETHICS, *Legislation on biotechnology in the Nordic countries — an overview 2018*, Oslo: Nordforsk, 2018. No caso da Dinamarca, vd. Lei 460/1997 (disponível em <www.retsinfo.dk>).

⁶² Entre nós, vd. a síntese de Rafael Vale e REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 466-468; classicamente, Sobre este modelo, vd. Guido PENNING, "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human reproduction* 12 (1997) 2839-2844.

⁶³ Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donors bij kunstmatige donorbevruchting, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2002; vide ainda a Besluit van 11 augustus 2003, houdende bepaling van de gegevens en bescheiden als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 3, achtste lid, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting).

⁶⁴ *Human Fertilization and Embryology Authority* (www.hfea.gov.uk).

⁶⁵ *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*.

⁶⁶ *Fortpflanzungsmedizingesetz — FMedG*, StF: BGBl. 275/1992.

⁶⁷ Vd. agora a *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17/7/2017.

⁶⁸ Na *lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.* (2003), antecedida da *lov om kunstig befruktning* (1987) e da *lov om medisinsk bruk av bioteknologi* (1994). Para uma versão em língua inglesa do quadro legislativo actualmente vigente, cf. *Act of 5 December 2003 No. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine, etc* (http://www.bion.no/lov/Biotechnology_act_MASTER.pdf): "§ 2-7. *The child's right to information on the sperm donor*: Any person who is born as a result of medically assisted reproduction using donated sperm has a right to information on the sperm donor's identity at the age of 18. A donor register shall assist the child in this matter".

⁶⁹ *Lag om assisterad befruktning* (1237/2006), de 22 de dezembro de 2006, § 23 (título em sueco, uma das línguas oficiais da Finlândia). Há uma tradu-

Europa, nomeadamente na Austrália⁷⁰ e Nova Zelândia⁷¹. E a República da Irlanda veio prever, no *Children and Family Relationships Act 2015*, um registo nacional (*National Donor Conceived Person Register*)⁷² que permitirá não apenas o conhecimento por parte da criança resultante da dádiva de esperma do seu ascendente genético, mas igualmente abre a porta ao próprio dador para conhecer a descendência, verificados certos pressupostos⁷³.

Também na República Sul-Africana, na sequência do aresto *AB v Minister of Social Development and Others*⁷⁴ se questionou a Secção 294 do *Children's Act*, sustentando-se que decorria do “melhor interesse da criança” o direito ao conhecimento da origem genética.

III. Direito ao conhecimento da ascendência genética: vias/ caminhos e fundamentos

Procedamos a uma primeira clarificação quanto a este direito que aparece sob várias designações. Com efeito, é corrente depararmo-nos com um direito ao conhecimento das origens genéticas que, no entanto, tem um objeto mais amplo, pois compreende informação não identificante. Gomes Canotilho e Vital Moreira falam de um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores ou de um direito ao conhecimento da

ção em língua inglesa disponível em <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237.pdf>>.

⁷⁰ Vd. a referência *infra* à legislação do Estado de Vitória.

⁷¹ *Human Assisted Reproductive Technology Act 2004* (com as alterações introduzidas pelo *Human Assisted Reproductive Technology Amendment Act 2007*).

⁷² Section 33.

⁷³ Sobre a lei, vd. Ceara Tonna-BARTHET, “The regulations of DAHR in the Children and Family Relationships Act 2015: donor information and parentage”, *Trinity College Law Review online*; também Simon MILLS / Andrea MULLIGAN, *Medical law in Ireland*, 3.^a ed., Dublin / London, Bloomsbury Professional, 2017, 440-444. Uma síntese do quadro normativo aplicável no caso de ser o dador a pretender contactar a descendência pode ver-se em *UL Engage Community Briefing* (2017/13), *Information booklet on Donor on Donor Assisted Human Reproduction DAHR and the Law in Ireland*, University of Limerick, 25

⁷⁴ Criticamente, Donrich H. Thaldar, “Post-truth jurisprudence: the case of *AB v Minister of Social Development*”, *South African Journal on Human Rights* (2018) 231-253.

progenitura⁷⁵. Acresce que o direito ao conhecimento da ascendência genética enquanto elemento da historicidade pessoal⁷⁶ que passa pela identificação dos genitores tem autonomia em relação aos casos em que o conhecimento é meramente instrumental ao estabelecimento da filiação e também no que toca a informações relevantes para a saúde, atento o caráter familiar do genoma.

Numa leitura que não se limite a olhar para o umbigo normativo do país, o direito ao conhecimento da ascendência genética pode ter fundamento:

- a) constitucional, em termos expressos (caso suíço) ou por via de interpretação (caso português);
- b) internacional, em termos de direitos do homem, quer no plano universal (Convenção sobre os direitos da criança) quer macrorregional (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), importando não esquecer a relevância da chamada margem de livre apreciação;
- c) meramente legal, nos casos em que se trata de uma simples opção político legislativa.

1. Fundamento constitucional

Começamos pelo fundamento constitucional, que pode ser versado expressamente ou resultar de interpretação constitucional.

1.1. Caso suíço: a consagração expressa do direito

A Confederação Helvética ilustra a solução de um reconhecimento expresso no texto constitucional. Na verdade, o artigo 119.º/2/g) do texto da Constituição Federal, de 18 de abril de 1999, que entrou em vigor em 2000, dispõe que “toute personne a accès aux données relatives à son ascendance”⁷⁷. Importa

⁷⁵ José Joaquim Gomes CANOTILHO / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 462.

⁷⁶ Neste sentido, vd. José Joaquim Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 462.

⁷⁷ Disponível em <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>>.

recordar que esta solução tinha sido introduzida, por via de revisão constitucional, na lei fundamental anterior⁷⁸. Com efeito, em 1992⁷⁹, na sequência de um referendo, foi acolhida no parâmetro constitucional federal e consagrada depois em termos legais, em 1998⁸⁰. Desenvolvida logo ao nível constitucional já foi considerada uma anomalia que devia levar à eliminação das diferentes alíneas do n.º 2 do referido artigo 119.º, propondo-se, sem vencimento⁸¹, que o texto passasse a ter a seguinte redação:

“La Confédération légifère sur l’utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille”.

Sublinhe-se que, na concretização legislativa, se reconheceu ao dador o direito de recusar o contacto, nomeadamente tendo presentes os seus direitos e os da sua família, solução a que retornaremos⁸².

1.2. Leituras constitucionais

Face a textos constitucionais sem uma referência expressa como no caso suíço que acabámos de analisar, em abstrato seria pensável que tal possa resultar de uma interpretação constitucional, ainda que o simples reconhecimento do direito não resolva, sem mais, a questão, pois poderá entender-se que na ponderação de bens não prevalece, em regra, o conhecimento à ascendência. Na verdade, em relação à questão do anonimato, é possível, em abstrato, considerar três hipóteses, a saber: sua proibição, sua exigência ou então, como acontece em muitos

⁷⁸ Constituição Federal de 29 de maio de 1874.

⁷⁹ Artigo 24.º novies.

⁸⁰ Posteriormente, também consagrado, em matéria de adoção, no Código Civil: cf. o artigo 268c.º

⁸¹ Cf. <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20100486>>.

⁸² Artigo 27.º/3: “Avant que l’office ne communique à l’enfant les données relatives à l’identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l’enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l’enfant maintient la demande déposée en vertu de l’al. 1, les données lui seront communiquées”.

domínios, a constituição admite diferentes soluções, devendo a escolha ser feita sem sede político-legislativa.

O caso de escola é aqui o ordenamento jurídico-constitucional alemão, onde a jurisprudência⁸³ entendeu que a *Grundgesetz* consagra um direito ao conhecimento da ascendência genética a que se contrapõe desde logo o direito à autodeterminação informativa ou informacional do dador(a) de gâmeta. Tem-se afirmado como regra o primado do direito ao conhecimento da ascendência genética no processo de ponderação, sublinhando-se, por exemplo, que, diferentemente do estabelecimento da filiação, não há o impacto patrimonial⁸⁴.

Continuando em registo juscomparatístico, encontramos outras decisões no sentido da inconstitucionalidade da solução do anonimato. Por exemplo, no caso *Pratten versus British Columbia (Attorney General)*, o Supremo Tribunal da Columbia Britânica considerou inconstitucional o anonimato, mas a decisão foi posteriormente alterada. Concebida nos anos 80, Olivia Pratten pretendia saber quem era o dador de espermatozoides e alegava violação do princípio da igualdade, na medida em que os adotados, ao chegarem à maioridade, têm esse direito reconhecido pelo *Adoption Act* e pela *Adoption Regulation*. Entendeu o tribunal que se estaria perante uma violação do artigo 15.º/1 da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

2. O quadro internacional

2.1. Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê, no seu artigo 7.º/1, que

“A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade

⁸³ BVerfGE 79, 256 = *Neue Juristische Wochenschrift* (1989) 891. Como dissemos, há hoje disciplina legislativa: *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, de 17/7/2017.

⁸⁴ BGH 28/1/2015, n.º 56.

e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles”.

Importa ainda considerar o n.º 1 do artigo 8.º:

“1 — Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal”.

São pertinentes as dúvidas sobre a aplicação do artigo 7.º a esta situação. Com efeito, não está aqui em causa o estabelecimento da filiação, mas o conhecimento da ascendência genética. Aliás, *in fine*, quando se faz referência ao direito da criança a ser educada pelos pais, não se vê que, por essa via, caiba no âmbito de aplicação da norma o direito em análise. Precise-se que o “sempre que possível”, na jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça⁸⁵, aparece limitada ao domínio do fáctico e não a uma ponderação jurídica dos interesses da criança com os de quem se pretende opor ao conhecimento, o que mereceu a censura de parte da doutrina, que recusou esse carácter absoluto⁸⁶. Já outro arrimo poderia encontrar-se na referência à identidade. Fundar o direito ao conhecimento da identidade no referido artigo 8.º não é isento de dúvidas.

Contudo, regista-se que o Comité dos Direitos da Criança⁸⁷, no exercício das suas funções de apreciação dos relatórios que, periodicamente, os Estados devem submeter-lhe, tem vindo a estabelecer orientação interpretativa sobre o assunto quer em matéria de adoção quer no campo da procriação medicamente assistida, respondendo positivamente à questão⁸⁸. Limitando-me a este último território, assinala-se que, no caso suíço, um sistema que reconhece constitucionalmente o direito ao conhecimento da ascendência genética, a simples exigência da existência de um

⁸⁵ Cf. ATF 128 I 63.

⁸⁶ Para as indicações da doutrina suíça, vd. Marie-Laure Papaux VAN DELDEN, “Au nom de la personnalité de l’enfant: facettes choisies”, in Margareta Baddeley *et al.*, édit., *Facettes du droit de la personnalité: Journée de droit civil 2013 en l’honneur de la Professeure Dominique Manai*, Genève: Schulthess, 2014, 97-140, 116, n. 124

⁸⁷ Artigo 43.º da Convenção.

⁸⁸ Uma lista das decisões pode ver-se em Donna LYONS, “Domestic implementation of the donor conceived child’s right to identity in light of the requirements of the UN Convention on the Rights of the Child”, *International Journal of Law, Policy and the Family* 32 (2018) 1-26.

“interesse legítimo”⁸⁹ seja em matéria de adoção seja nas hipóteses de procriação assistida suscitou a recomendação do Comité no sentido de acabar com essa solução, retirando a fórmula da lei⁹⁰.

Para além disso, importa sublinhar que há um conjunto de países que consagram o direito ao conhecimento da ascendência genética que veem aqui — em sede de direitos do homem — fundamento vinculativo para essa posição jurídica. É o que acontece com a Suécia — onde o reconhecimento do direito começou por se situar meramente no plano legal — e também com outros países, como a Noruega⁹¹, ainda que se saiba que alguns Estados que são parte na Convenção continuam a admitir o anonimato (por exemplo, a Bélgica ou a Espanha).

Esta mobilização do parâmetro dos direitos do homem é especialmente importante em vários Estados nórdicos, onde não temos um controlo abstrato da constitucionalidade⁹², sendo diferente a história quanto ao controlo concreto na esteira da *judicial review*. Com efeito, o carácter pioneiro na Europa da Noruega⁹³ não foi então seguido por outras sociedades do círculo nórdico. De qualquer forma, estamos perante países com uma cultura de direitos humanos e que tomam a sério a vinculação internacional. Nos Países Baixos, a *Grondwet* também não é utilizada como parâmetro para aferir da constitucionalidade das leis, pois tal é expressamente vedado⁹⁴; em contrapartida, a mobilização dos

⁸⁹ Artigo 27.º/2: “Lorsqu’il peut faire valoir un intérêt légitime, l’enfant, quel que soit son âge, a le droit d’obtenir toutes les données relatives au donneur (artigo 24.º, al. 2)”.

⁹⁰ Committee on the Rights of the Child, “Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland”, CRC/C/CHE/CO/2-4 (26/2/2015).

⁹¹ Por exemplo, <<http://www.bioteknologiradet.no/temaer/assistert-be-fruktning/regelverk>>.

⁹² Para uma visão global, Kári á RÓGVI, *West-Nordic constitutional judicial review: a comparative study of Scandinavian judicial review and judicial reasoning*, Copenhagen: DJØF, 2013.

⁹³ Para outras referências, permitimo-nos remeter para João Carlos LOUREIRO, “A Constituição da Noruega: uma fonte do constitucionalismo luso-brasileiro. Nótula (tardia) por ocasião do bicentenário da Constituição do Reino da Noruega (1914-2014) e dos 150 anos do caso Wedel Jarlsberg (1866-2016)”, *Boletim da Faculdade de Direito* 93 (2017/2) 969-1012.

⁹⁴ Artigo 120.º *Grondwet*, que citamos na versão inglesa: “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by

parâmetros normativos internacionais é corrente e difundida. Contudo, em sede judicial, o Supremo Tribunal (*Hoge Raad*) considerou numa decisão de 1994 (*Valkenhorst arrest*)⁹⁵ que o direito a saber (*het recht om te weten van wie je afstamt*) prevalecia sobre o direito à privacidade do dador⁹⁶.

3. *Um retrato português: memória(s) e (com) decisões*

Procuremos agora traçar um retrato português da questão, percorrendo normaçaõ, doutrina e jurisprudência. Começando pela doutrina, limitamo-nos a referir que há um conjunto significativo de vozes no sentido da existência de um direito ao conhecimento da ascendência genética — aqui entendida em sentido estrito como um direito ao conhecimento da identidade d(o)(a) dador(a) de gâmeta e não como um genérico direito ao conhecimento às origens genética, compreendendo o acesso a um conjunto de informações sobre o dador e/ou a dadora, mas não o nome.

the courts” (disponível em <<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>>).

⁹⁵ HR 15 de abril de 1994. Cf. também a referência ao caso na resposta dada (6/3/2015) pelo Ministro da Saúde, do Bem-estar e do Desporto (*Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*) sobre a possibilidade de compra de esperma na Dinamarca por meio da Internet (<<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20142015-1454.html>>). Informações mais pormenorizadas sobre os casos Valkenhorst I e II (este corresponde à decisão do Supremo Tribunal, de 1994) podem colher-se em Richard John Blauwhoff, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children’s right to know their genetic origins*, esp. 125-136. Na p. 132, lê-se: “[t]he most radical point it [the Dutch Supreme Court] made consisted of a *right* to know one’s origins, a right that was protected under Dutch constitutional law” (em itálico no original).

⁹⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-2135.html?zoekcriteria=%3fzkt%3dEenvoudig%26pst%3d%26vrt%3dWet%2bDonorgegevens%2bKunstmatige%2bBevruchting%26zkd%3dInDeGeheleText%26dpr%3dAfgelopenDag%26spd%3d20181105%26epd%3d20181106%26sdt%3dDatumBrief%26ap%3d%26pnr%3d2%26rpp%3d10%26_page%3d3%26sorttype%3d1%26sortorder%3d4&resultIndex=23&sorttype=1&sortorder=4>.

3.1. Normação

3.1.1 *No princípio ...: a legislação, a política e o Ministro (Mário Raposo)*

3.1.1.1 A legislação projetada

Em Portugal, o então Ministro da Justiça, Mário Raposo, criou uma Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias⁹⁷. Precisamente no rol das questões formuladas lemos:

“Será consentível o anonimato do ‘doador’ de esperma? Como compatibilizar os vários interesses em tendencial conflito, pensando, desde logo, nos da criança que nascerá e nos da família e da própria sociedade?”.

O Projeto da Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias propunha, no seu artigo 24.º, a solução do anonimato, estabelecendo um dever de sigilo, prevendo-se pena de prisão até 2 anos no caso de incumprimento⁹⁸. No n.º 2 do mesmo preceito dispunha-se:

“O dever de sigilo (...) cede perante o direito da pessoa procriada de conhecer o modo da sua conceção e, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas do dador”⁹⁹.

Na sua Declaração de Voto¹⁰⁰, Luís Archer sublinhava o argumento constitucional, convocando o artigo 26.º/1 da CRP

⁹⁷ Despacho n.º 37/86, datado de 14 de abril.

⁹⁸ Artigo 53.º (Violação do anonimato e do dever de sigilo).

⁹⁹ O Projeto relativo a Centros de Procriação Assistida estabelecia, no seu artigo 15.º (Direito ao conhecimento do modo da conceção e das características genéticas do dador): “1. Quem pretenda conhecer o modo da sua conceção pode requerer ao registo nacional de procriação medicamente assistida uma informação a esse respeito logo que atinja a maioridade; 2. Havendo sérias razões de natureza médica, pode ainda o interessado ou, durante a menoridade deste, o seu representante legal pedir que lhe sejam prestadas informações adequadas sobre as características genéticas do dador, com recurso, quando tal se mostre necessário, ao exame do D.N.A.; 3. O pedido a que se refere o número anterior deve ser apoiado em pareceres fundamentados de dois médicos geneticistas de instituições distintas”.

¹⁰⁰ Também reproduzido em Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, 81-88.

para sustentar que o anonimato do dador violava o direito fundamental à identidade pessoal¹⁰¹.

3.1.1.2 A legislação de urgência: com três artigos apenas se escreve a dádiva em tempos de SIDA

Registe-se que foi aprovado, no entanto, um diploma com apenas três artigos. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro. Como se explicava no Preâmbulo, sem prejuízo de legislação geral a fazer, integrava o conjunto das “orientações firmes” a proibição da “execução da fecundação artificial com sêmen fresco de um dador”, interdição reforçada em tempos de SIDA.

Do ponto de vista institucional, o diploma dispunha que, com exceção das técnicas de procriação assistida homóloga com sêmen fresco¹⁰², só em “organismos públicos ou provados que tenham sido expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde”¹⁰³ era possível “a recolha, a manipulação, a conservação de esperma e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana”¹⁰⁴.

3.1.2 A legislação vetada: o anonimato e o poder dos lóbis

Depois de um Projeto de 1995¹⁰⁵, elaborado pelo Governo, mas que a mudança política condenou à morte, no final do século passado estivemos à beira de, finalmente, dispor legislação neste domínio. Acolhia-se o direito ao conhecimento da ascendência genética. Falamos da Proposta de Lei n.º 135/VII, que veio a ser aprovada, correspondendo ao Decreto n.º 415/VII,

¹⁰¹ Luís ARCHER, “Declaração de Voto”, 83.

¹⁰² Artigo 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

¹⁰³ Artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

¹⁰⁴ Artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro.

¹⁰⁵ Estabelecia-se, no artigo 10.º/2, que “as pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamentem assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, por razões médicas devidamente comprovadas, obter do centro as informações que lhe digam respeito, incluindo a identificação do dador”. Indo mais longe, o n.º 3 do mesmo preceito abria as portas ao conhecimento da identificação dos dadores por parte dessas pessoas quando atingissem a maioridade.

mas que foi vetada pelo então Presidente da República, Jorge Sampaio.

3.1.3 A legislação consagrada: finalmente a lei (2006) ou mais vale tarde do que nunca

Em 2006, foi aprovada a Lei de Procriação Medicamente Assistida, que, com alterações, continua em vigor. No que toca à questão do anonimato, consagrou-se, como já se disse, um regime de anonimato mitigado, conjugando uma dimensão substantiva — “razões ponderosas” (fundamento) — com uma dimensão procedimental — decisão judicial (modo de efetivação).

Do ponto de vista comparado, registre-se que a idade para requerer o conhecimento da identidade genética varia de legislação para legislação. Se nalguns casos é necessário esperar pela maioria (por exemplo, a regra na Suíça)¹⁰⁶, também há quem tenha estabelecido requisitos etários mais baixos (*v.g.*, na Áustria, 14 anos¹⁰⁷). Na Alemanha, em 2015, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (BGH)¹⁰⁸ entendeu que não era sequer necessária uma idade mínima do requerente, decidindo de forma desconforme com o tribunal recorrido¹⁰⁹, que tinha considerado aplicáveis os dezasseis anos previstos no quadro normativo da adoção¹¹⁰.

¹⁰⁶ Artigo 27.º da *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*.

¹⁰⁷ § 20 da *Fortpflanzungsmedizingesetz*.

¹⁰⁸ Urteil des XII. Zivilsenats vom 28.1.2015 - XII ZR 201/13 (disponível em <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=70043&linked=pm>>).

¹⁰⁹ Landgericht Hannover: Urt. v. 06.11.2013, Az. 6 S 50/13.

¹¹⁰ § 63 Abs. 1 *Personenstandsgesetz* (PStG).

III. Anonimato(s): entre a lei e a jurisprudência

1. *Questão prévia: legitimidade de intervenção do Tribunal Constitucional*

1.1. Hiperconstitucionalização e pós-constitucionalismo: sobre a medida de controlo

Antes de analisarmos a solução resultante do Acórdão do TC n.º 225/208, confrontamo-nos com a questão da legitimidade de intervenção do Tribunal Constitucional. Com efeito, embora parte da doutrina continue a sustentar projetos que poderíamos designar — num registo crítico — de hiperconstitucionalização (imperialismo constitucional), um grande desafio vem hoje do chamado pós-constitucionalismo. Ou seja, será legítimo, em matérias tão fraturantes, uma *intervenção substantiva* do TC? E dizemos substantiva, pois não há dúvida que um conjunto de normas de competência, procedimentais e de forma têm relevância constitucional: por exemplo, uma Assembleia Municipal não pode legitimamente aprovar uma postura que proíba determinadas práticas de PMA na área do concelho ou que, pelo contrário, admita outras proibidas na LPMA.

A questão é aqui a *medida da constituição* enquanto parâmetro de controlo. Como vimos referindo há muito¹¹¹, há leituras que se traduzem em conversões da medida constitucional, no limite, na sua destruição e, no que agora especialmente nos importa, na *redução da medida constitucional*. Transpusemos então a visão de Engelhardt para o campo constitucional: seremos “estranhos morais”¹¹², membros de comunidade marcadas pela mera coexistência (não pela convivência), ou podemos antes reconhecê-los como “amigos morais”¹¹³, que, sem prejuízo das diferenças, partilham a condição humana (a natureza humana,

¹¹¹ João Carlos LOUREIRO, “Les principes de la Bioconstitution du type «État constitutionnel européen»?”, *Boletim da Faculdade de Direito* 75 (1999), 433-473.

¹¹² Tristram ENGELHARDT, *Fundamentos da bioética*.

¹¹³ Francesco D’AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, 3.^a ed., Torino: Giappichelli, 1997, 84-89.

para usar expressão com uma ambiguidade que transporta memórias de séculos)? Ou seremos meros “conhecidos morais”¹¹⁴?

1.2. Soluções alternativas: entre a “autonomia privada” e a “autonomia pública”

A pergunta que legitimamente se poderá suscitar passa por saber quem decidirá: os caminhos de solução são mais *imunitários* (“autonomia privada”) ou mais *comunitários* (“autonomia pública”)? Dito de outra forma: estaremos perante uma *privatização das questões* — cabe a cada um decidir, no quadro de um *hiperautonomismo*, sendo o direito, no limite, mera forma —, ou o que se alarga é a esfera de competência de decisão política da comunidade em relação a questões que têm inequívoca ressonância pública? Ou seja, nesta última compreensão, a Constituição, para lá de um domínio muito restrito de *proibição* (por exemplo, da tortura e da pena de morte) e de *exigências* de conduta (poder-dever de educação dos pais em relação aos filhos), no essencial não proíbe nem exige, sendo vasto o campo da *permissão*.

Em relação à chamada gestação de substituição, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 sublinha a sua relevância pública:

“o contrato de gestação de substituição não põe «frente a frente» apenas partes privadas; é um contrato marcado por uma intensa intervenção pública destinada a salvaguardar a dignidade dos contraentes, em especial da gestante — a parte que, por suportar mais riscos para a sua saúde e por assumir maiores condicionamentos para a sua vida, se apresenta como mais vulnerável”¹¹⁵.

¹¹⁴ Kevin W. WILDES, *Moral acquaintances: methodology in bioethics*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2000. Stephen HANSON, *Moral acquaintances and moral decisions: resolving moral conflicts in medical ethics*, New York: Springer, 2009, 149, sublinha que “(...) the moral friends would be able to agree on the justifications of their decisions, while the moral acquaintances could not”.

¹¹⁵ Ac. TC n.º 225/2018, n.º 26.

2. A legislação no Tribunal Constitucional

2.1. Acórdão n.º 101/2009

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 entendeu, por larga maioria, que o regime do anonimato mitigado previsto na LPMA não violaria a Constituição da República Portuguesa. No aresto, que teve como relator o Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, sublinha-se que

“(...) o artigo 15.º da Lei n.º 32/2006 não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite exceções expressamente previstas. Na verdade, embora os intervenientes no procedimento se encontrem sujeitos a um dever de sigilo, as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (n.º 2), bem como informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projetado casamento (n.º 3), além de que podem obter informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verificarem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial (n.º 4). A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade”.

A resposta foi no sentido deste regime jurídico passar o teste de constitucionalidade. Pode ler-se mais à frente que:

“Cabe, em todo o caso, sublinhar que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30.º, n.º 2, alínea i). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar de ser consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto”.

Lendo os votos que acompanham a decisão, vê-se que o Conselheiro Benjamim Rodrigues assumia já que “o legislador só poderia construir um sistema que arrancasse da regra do não anonimato do doador”.

Assim, há aqui três aspetos a considerar que relevam para nossa discussão:

1. Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional enfatiza que as “razões ponderosas” previstas na lei, tendo presente o quadro jusfundamental (mais especificamente o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade), “poderão merecer prevalência no caso concreto”;
2. Nesta decisão, havia já quem, de acordo aliás com parte relevante da doutrina portuguesa, antecipasse que a regra do anonimato, ainda que mitigada, era suscetível de vir a ser declarada inconstitucional;
3. Com efeito, não há, entre nós, declarações de constitucionalidade em sentido próprio, pelo que um aresto onde não se declare a inconstitucionalidade, como foi o caso, não afasta a possibilidade de, posteriormente, em fiscalização concreta ou sucessiva, se assistir a uma alteração de jurisprudência.

Acresce que, mesmo a ter vencimento a não inconstitucionalidade da solução de primado de anonimato, ainda que mitigado, dado que, à face da CRP, estaríamos perante uma solução permitida, mas não exigida, poderia pôr-se o problema de uma análise autónoma, a fazer noutra sede, da conformidade jus-internacional. A valer a interpretação de um predomínio, ainda que não excludente de “razões ponderosas”, do dador e/ou da dadora, poderia discutir-se, mesmo depois do Acórdão n.º 101/2009, se a solução prevista na LPMA seria compatível com a vinculação internacional do Estado português, no caso tendo como parâmetro a Convenção sobre os Direitos da Criança.

2.2. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

2.2.1 O conteúdo do acórdão

O Acórdão n.º 225/2018 veio considerar inconstitucional não a maternidade de substituição enquanto tal, mas algumas das soluções *sub iudice*. Já quanto ao que agora nos importa, considerou desconforme com a lei fundamental o modelo misto

assente no primado do anonimato, ainda que não absoluto, previsto no artigo 15.º da LPMA. Transcrevemos parte da decisão:

“e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa”.

2.2.2 Os efeitos temporais da decisão

Ao considerar inconstitucional a referida solução do primado do anonimato, os efeitos jurídicos, neste ponto, retroagem à entrada em vigor do diploma. Com efeito, o Tribunal Constitucional não lançou mão do n.º 4 do artigo 282.º para os limitar temporalmente, no sentido de reconhecer caráter meramente prospetivo à decisão. Esta é a leitura do aresto que, aliás, se reforça mais analisando o contraste com a solução adotada em relação aos procedimentos de maternidade de substituição já iniciados. Neste último caso, decidiu o Tribunal:

“Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho”.

Se dúvidas houvesse sobre o alcance temporal da decisão do acórdão nesta matéria, a leitura de algumas declarações de voto dissipa-as. Vejamos um extrato do texto subscrito por Maria José Rangel de Mesquita:

“8. Todavia, e tendo em conta o vencimento parcial quanto à declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, sustentamos que a limitação de efeitos deveria operar igualmente em relação a tal declaração de inconstitucionalidade (e sem prejuízo do que acima se referiu em B),

5.). Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, no que respeita ao n.º 1 do artigo 15.º apresenta um alcance limitado por apenas se reportar a uma parte desse número — «parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medidamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou gestante de substituição» —, assim se mantendo o dever de sigilo relativamente às demais pessoas (não nascidas em consequência daquele processo de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição). E, em conjugação com a declaração de inconstitucionalidade do n.º 4 — sem qualquer limitação de efeitos —, a decisão constante da alínea e) resulta da ponderação segundo a qual se faz prevalecer o direito à identidade pessoal, na sua plenitude, incluindo a dimensão do conhecimento da ascendência genética, em relação ao interessado (ou seja, a ‘pessoa nascida em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição’), por força do carácter desnecessário da opção legislativa vigente (no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos) que consagra a regra, ainda que não absoluta, do anonimato dos dadores no caso de procriação heteróloga, e bem assim o anonimato da gestante de substituição, como regra absoluta (por força do disposto no n.º 4 que apenas se refere à «identidade do dador»). Ora, pese embora a abertura da fundamentação (cfr. n.º 80.) a uma solução legislativa que, para tutela desses outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, possa consagrar a regra inversa da regra ínsita no atual regime sindicado (n.ºs 1 e 4), assim afrontando a referida desnecessidade da opção legislativa vigente (anonimato como regra, ainda que não absoluta quanto aos dadores e como regra absoluta quanto à gestante de substituição) — que apenas operaria para o futuro —, a não limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade não permite, julga-se, mesmo que tal pudesse ser a escolha do legislador, acautelar — e, sublinhe-se, de todo —, ainda que sob certas condições e em termos limitados, os demais interesses envolvidos dos vários intervenientes, de elevada sensibilidade e igualmente com relevância constitucional, cujas decisões — de recorrer a técnicas de PMA com dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo na situação de gestação de substituição, foram tomadas num dado quadro legislativo e no contexto de um paradigma que, agora, se modifica significativamente. A não limitação de efeitos quanto à decisão constante da alínea e) pode, pois, precluir qualquer ‘válvula de proteção’ em sentido inverso no âmbito das situações de PMA heteróloga e relações jurídicas constituídas ao abrigo da legislação ora declarada inconstitucional com força obrigatória geral, tanto mais necessária — apesar da centralidade do valor que a maioria considerou ser prevalecente — quanto o alcance da referida mudança de paradigma quanto ao entendimento do direito das pessoas nascidas em consequência de processos de PMA heteróloga (incluindo, para a maioria, nas situações de gestação de substituição) à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, na sua dimensão de direito ao conhecimento da

ascendência genética e, também (para a mesma maioria), da identidade da 'sua' gestante de substituição.

Esta posição aparece confirmada na Declaração de Voto de Fernando Ventura:

“6. Subscrevendo, pelos motivos referidos, a declaração de inconstitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da LPMA, na parte referida na alínea e) da Decisão, entendo também que a autonomia informativa do dador, valor constitucionalmente tutelado (artigo 35.º da Constituição), e razões de segurança jurídica, suportadas na manutenção de condições favoráveis à doação em Portugal, justificavam que se determinasse a restrição dos efeitos de tal a declaração, ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, de modo a que seja salvaguardado o sigilo (mitigado) que cobre a identidade de quem efetuou a doação de gâmetas ou embriões até à publicação da decisão. Ou seja, quanto às doações efetuadas em momento anterior, a revelação dos dados identificativos do dador não deixaria de ser possível, mantendo-se, porém, sujeita à demonstração em juízo de razões ponderosas para o efeito.

Dada a eliminação das normas declaradas inconstitucionais operada pela eficácia própria da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição), entendo que haverá seguramente dadores que veem agora infirmada a condição de confidencialidade que, frequentemente numa fase inicial da vida adulta e antes da construção de um projeto familiar próprio, elegeram como indispensável à formação da vontade de fornecerem os seus gâmetas ou embriões, condição essa que consideraram preenchida pelo regime legal instituído, com o reforço de segurança conferido pela sujeição do mesmo à sindicância do Tribunal Constitucional. A desconsideração da posição de tais sujeitos comporta riscos importantes para o sucesso de futuros apelos à doação, comprometendo a própria procriação heteróloga com recurso a dadores nacionais”.

2.2.3 Defesa da posição do Tribunal Constitucional no que toca à não limitação temporal dos efeitos

2.2.3.1 Desconfiar é preciso

Começamos pela análise deste argumento relativo à proteção de confiança dos dadores que o fizeram antes da declaração de inconstitucionalidade. Ao contrário do que poderia parecer *prima facie*, é preciso desconfiar do seu valor e do seu peso neste contexto, sendo que especificamente quanto aos dadores pode perguntar-se se aqueles que não queriam correr o risco de virem a ser identificados não deveriam ter sido mais prudentes, não

confiando na sorte de que, no seu caso específico, não se verificariam as “razões ponderosas”.

Na verdade, importa proceder a uma distinção importante: a diferença entre o plano sistémico e o pessoal. Na primeira perspectiva, ou seja, em termos globais, é relevante a mudança de um regime de anonimato mitigado para um regime mitigado de proibição do anonimato. Mas, do ponto de vista pessoal e da proteção da confiança, o argumento que acabámos de ler no voto de vencido de Fernando Ventura revela-se débil. Com efeito, no quadro da LPMA, era claro que, para cada dador, na sua situação concreta, o anonimato poderia não funcionar, bastando que houvesse “razões ponderosas” (no plano do fundamento) e uma decisão judicial (no plano de controlo). Mais: na doutrina havia já leituras generosas da mencionada formulação¹¹⁶, pelo que, em concreto, o dador podia e devia considerar seriamente que, no seu caso, poderiam verificar-se os pressupostos de levantamento do anonimato, ou seja, uma situação suscetível de ser reconduzida às “razões ponderosas”.

Nem podem argumentar que desconheciam esse risco: do ponto de vista do conhecimento, recorda-se que os formulários de consentimento aprovados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e que os dadores tiveram de assinar davam conta expressamente dessa possibilidade¹¹⁷. Além disso, sendo peças relativamente breves, nem vale aqui a tese de que estaríamos perante uma multiplicidade de cláusulas, não raro em letra minúscula, que tornam difícil a leitura, como acontece, por exemplo, com contratos em diferentes áreas.

2.2.3.2 Conversando com os outros

2.2.3.2.1 Sobre os anonimatos ou a relevância dos modelos

Acresce que mesmo em regimes mais rígidos do ponto de vista do anonimato, o reconhecimento da prevalência do direito ao conhecimento da ascendência genética levou a que não se

¹¹⁶ Para uma síntese, vd. João Carlos LOUREIRO, “«O nosso pai é o dador n.º xxx»”, 30-34.

¹¹⁷ Disponíveis no sítio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (<http://www.cnpma.org.pt>).

tratassem de forma distinta as dádivas de gâmetas, consoante fossem ou não anteriores ao estabelecimento do novo regime. Pensamos aqui no caso suíço, a que voltaremos.

Esta diferença de solução é relevante no que toca à ideia de proteção de confiança do ponto de vista dos dadores. Na verdade, encontramos casos em que ao passar-se de um sistema do chamado anonimato absoluto (que, repetimos, não é o caso português) para um sistema aberto (de possibilidade de identificação do dador) ressalvaram-se os casos anteriores (foi o que aconteceu na Suécia¹¹⁸, no Reino Unido¹¹⁹ e nos Países Baixos¹²⁰).

Na Suécia, com o alargamento do acesso dos beneficiários da procriação medicamente assistida, quanto à dádiva de esperma anterior à entrada em vigor da nova lei (2006), o que se exigiu foi o consentimento escrito dos dadores, em relação à utilização do seu esperma para inseminar ou para fecundação *in vitro* de “produtoras autónomas”:

“O esperma que tenha sido doado antes da entrada em vigor [da lei] não pode ser utilizado sem o consentimento escrito do dador de esperma numa inseminação ou fertilização fora do corpo de uma mulher só”¹²¹.

2.2.3.2.2 Direito(s) e princípio da igualdade

Como referimos, no anonimato absoluto a solução foi, tradicionalmente, estabelecer apenas efeitos prospetivos. Mas

¹¹⁸ No entanto, na lei de 1984, é que a que nos interessa aqui, havia uma ressalva expressa: “Bestämmelsen i 4 § gäller inte i fall då spermagivaren har lämnat sperma före ikraftträdandet”. 4 § Den som har avlats genom insemination som avses i 3 § har, om han eller hon uppnått tillräcklig mognad, rätt att ta del av de uppgifter om givaren som antecknats i sjukhusets särskilda journal. Har någon anledning att anta att han eller hon avlats på sätt som sägs i första stycket är socialnämnden skyldig att på begäran hjälpa denne att ta reda på om det finns några uppgifter antecknade i en särskild journal. *Lag (2002:253)*”.

¹¹⁹ *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information)*: Regulation 2(3) dispõe que a informação sobre a identidade do dador “is restricted to the information which donors supply to clinics on or after 1st April 2005” (citamos a *Explanatory Note*).

¹²⁰ *Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donors bij kunstmatige donorbevruchting*, artigo 12.º/2/3.

¹²¹ “2. Spermier som har donerats före ikraftträdandet får inte utan skriftligt samtycke från spermiegivaren användas vid en insemination eller en befruktning utanför kroppen av en ensamstående kvinna”.

mesmo aí a solução pode não ser essa e isto quer estejamos a falar de países da família romano-germânica quer da família do *common law*.

Começando pelos primeiros, pensemos na Suíça, onde o argumento adotado assentou no reconhecimento de um direito ao conhecimento da ascendência genética. Um trabalho de “artesanaria” mostra que o artigo 41.º da Lei helvética de procriação medicamente assistida¹²² não ressalva as situações anteriores¹²³. Inicialmente, na Suíça aplicavam-se diretivas da Academia Suíça de Ciências Médicas (SAMW/ASSM), estabelecendo-se o anonimato. Assim, nas *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*¹²⁴, que, em 1990, reunia num mesmo texto Recomendações de 1981 e Diretivas de 1985, lia-se no n.º 8 :

“2. Sur demande des parents ou de l’enfant, le médecin peut leur présenter les documents relatifs au donneur, à l’exception des indications permettant son identification.

3. Les intérêts personnels et juridiques du donneur doivent être sauvegardés. *Le secret de son identité doit être garantie* par des mesures particulières de protection de données”¹²⁵.

Nos anos 90, vários cantões aprovaram legislação, não raro remetendo para as diretivas da Academia Suíça de Ciências Médicas (SAMW/ASSM), solução que, aliás, fora adotada ainda na década anterior em dois cantões¹²⁶; em contrapartida, alguns da Suíça alemã proibiram a própria procriação medicamente assis-

¹²² *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, de 18/12/1998 (última alteração: LF 12.12.2014 (I)). Do ponto de vista regulamentar, vd. também a *Ordonnance sur la procréation médicalement assistée* (OPMA), de 4/12/2000 (disponível em <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20002342/index.html>>).

¹²³ “Art. 41 *Droit à l’information*: ¹ Les art. 18 et 24 à 27 sont applicables également lorsque le sperme a été donné avant l’entrée en vigueur de la présente loi, mais n’est utilisé qu’après cette date. ² Dans les autres cas, l’art. 27 est applicable par analogie et il appartient au médecin qui a appliqué une méthode de procréation médicalement assistée utilisant des gamètes provenant d’un don de fournir les renseignements nécessaires”.

¹²⁴ Publicadas em *Schweizerische Ärztezeitung/ Bulletin des médecins suisses/ Bolletino dei medici svizzeri* 71/8 (1990) 300-302, 302.

¹²⁵ Itálico nosso.

¹²⁶ *Bâle-Campagne* (há dois cantões de Basileia), em 1987, e Ticino, em 1989.

tida heteróloga. O Tribunal Federal¹²⁷ considerou que as normas do cantão de Sankt-Gallen que impediam o concurso de gâmeta de terceiro no processo eram inconstitucionais, posição que reiterou num aresto de 1995, que tinha como objeto normas do mesmo teor, mas de Basileia¹²⁸.

Mais: quando, há cerca de 20 anos, se procedeu ao referendo que alterou a Constituição anterior (solução que foi transposta para o novo texto) no sentido de reconhecer expressamente um direito fundamental, afirmou-se que prevalecia a posição jus-fundamental das pessoas que a dação gerou, atenta também a circunstância de não haver qualquer impacto em matéria de estabelecimento da filiação¹²⁹.

Curiosamente, até no universo do *common law* assistimos a mudanças nesta direção, como o prova a recente alteração do quadro normativo aplicável no Estado de Vitória (*Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2016*, que entrou em vigor em março de 2017). O argumento aqui mobilizado é o princípio da igualdade¹³⁰. Estabeleceu-se, no entanto, um “veto de contacto” (*contact veto*), uma figura retirada do direito da adoção, traduzida numa proibição e mesmo na criminalização, em caso de incumprimento.

2.2.4. Lidando com o passado no direito comparado: contributos para uma tipologia

Defendida a tese vencedora no Ac. TC n.º 225/2018, partindo do carácter mitigado do regime de anonimato português,

¹²⁷ ATF 115 Ia 234.

¹²⁸ ATF 119 Ia 460.

¹²⁹ *Botschaft über die Volksinitiative zum Schutz de Menschen von Manipulation vom 26. Juni 1996*. Registe-se ainda que a lei suíça sobre procriação medicamente associada, aprovada em 1998, dispõe o seguinte em matéria de contacto: “Avant que l’office ne communique à l’enfant les données relatives à l’identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l’enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l’enfant maintient la demande déposée en vertu de l’al. 1, les données lui seront communiquées” (artigo 27.º/3).

¹³⁰ <<https://www2.health.vic.gov.au/hospitals-and-health-services/patient-care/perinatal-reproductive/assisted-reproduction/changes-to-legislation>>.

mas tendo também presentes as soluções suíça e australiana (mais exatamente, do Estado de Vitória), deixemos aqui, de uma forma sistematizada, um levantamento do modo como, em concreto, a questão do passado tem sido ou é pensável ser tratada (sem prejuízo de uma avaliação em termos de inconstitucionalidade) nos sistemas que deixaram o modelo de anonimato¹³¹.

Em termos de tipologia, podemos distinguir as seguintes hipóteses:

- a) Manutenção do modelo estabelecido anteriormente, sem quaisquer procedimentos que, ao menos, confirmam possibilidades, ainda que limitadas, de atenuação da diferença de tratamento entre os casos de conceção com dador(a) antes e depois da mudança de regime jurídico;
- b) Criação de bases assentes num regime de voluntariado (solução adotada, por exemplo, no Reino Unido e nos Países Baixos¹³²), sendo pensáveis dois modelos: 1. administrados “passivamente”¹³³; 2. administrados “ativamente” (contacto com os dadores, campanhas públicas), com soluções paralelas no campo da adoção¹³⁴.
- c) Modelo de acesso ao conhecimento da ascendência genética, nos termos constitucionais: c.1. com direito de veto de contacto¹³⁵; c.2. sem direito de veto de contacto.

¹³¹ Para este ponto, vd. o relevante trabalho de Fiona KELLY, “Is it time to tell: abolishing donor anonymity in Canada”, *Canadian Journal of Family Law* 30/2 (2017) 173-226, esp. 200-211.

¹³² Para estes e outros países (*v.g.*, Finlândia e Nova Zelândia), vd. Eric BLYTH/ Lucy FRITH, “Access to genetic and biographical history in donor conception: an analysis of trends and possibilities in donor conception”, in Kirsty HORSEY, ed., *Revisiting the regulation of human fertilisation and embryology*, Abingdon, Oxon / New York: Routledge, 2015, 136-152, 141-142.

¹³³ Assim definidos por Fiona KELLY (“Is it time to tell”, 202): “(...) register staff do little to actively promote the register, often resulting in limited engagement”.

¹³⁴ Sobre os modos passivo e ativo de administração, vd. Fiona Kelly, “Is it time to tell”, 202-205.

¹³⁵ De novo, vd. Fiona KELLY, “Is it time to tell”, 205-206, assinalando que, neste sistema, onde, em vez de um veto de revelação” (*disclosure veto*) se estabelece a chamada “preferência de contacto” (*contact preference*), além da oposição ao contacto, há a possibilidade de estabelecer quais as suas modalidades (por exemplo, por via de correspondência).

Face à decisão do Tribunal Constitucional português, é para nós clara a inconstitucionalidade de manutenção do regime de anonimato mitigado, que foi considerada como incompatível com a lei fundamental, para os casos anteriores ao acórdão. Na verdade, o Tribunal, como vimos, não ressaltou os efeitos, sendo mesmo questionável se seria admissível a utilização do mecanismo de limitação temporal previsto no artigo 282.º/4 CRP. Por maioria de razão, em relação a gâmetas existentes e ainda não usados, não pode valer o regime anonimato.

3. A questão do acesso à informação: um direito a saber como antecâmara de um direito à identidade?

Um ponto que se discute crescentemente prende-se com o acesso à informação sobre a intervenção de um(a) dador(a). Com efeito, tirando casos em que, por razões médicas ou por outras vias, a pessoa vem a saber do seu modo de conceção, isto no quadro de relações heterossexuais (em matéria de homomaternidades e homopaternalidades é indubitável o envolvimento de um terceiro), há fortes possibilidades de não ter conhecimento do seu modo de conceção. Mais recentemente, começam a discutir-se soluções para esta questão, sendo que a paleta de respostas é diversificada, variando entre um modelo de informação/sensibilização dos pais a um sistema forte de imposição, passando por soluções intermédias. Limitamo-nos a uma breve referência — o tema merece tratamento autónomo — aos diferentes modelos, a saber: modelo fraco ou de mera sensibilização *versus* modelos fortes ou de obrigatoriedade.

3.1. Modelo fraco ou de mera sensibilização

No modelo fraco, procura-se sensibilizar os pais para a desejabilidade de comunicarem ao próprio filho, em tempo côm-gruo, o modo de conceção, abrindo as portas à possibilidade de no, futuro, virem a conhecer o dador e/ou a dadora. Estudos disponíveis mostram que é baixa a taxa de pais que dão conheci-

mento aos seus filhos de que foram concebidos com o concurso de dador(es)¹³⁶.

3.2. Modelos fortes ou de obrigatoriedade

Em relação a estes modelos, são várias as soluções propostas, a saber:

- a) modelo “flexível” da certidão de nascimento, passando a ser divulgada a informação de que houve intervenção de terceiro na concepção¹³⁷. Esta solução foi discutida no Reino Unido, mas, no entanto, o governo preferiu a solução da educação e sensibilização. Mais recentemente, a Irlanda acolheu-a¹³⁸, não sem alguma controvérsia. Assim, feitos os 18 anos, ao requerer uma certidão de nascimento, a pessoa será informada de que existe informação adicional disponível, que poderá solicitar;
- b) obrigatoriedade de comunicação, mas sem sanção, solução que mereceu vencimento no Conselho de Biotecnologia (*Bioteknologirådet*) norueguês¹³⁹, mas que debilita a obrigatoriedade.

V. Concluindo

Miguel Oliveira da Silva tem razão na crítica que faz aos defensores do anonimato, bem como na verificação de que este já não é o que era, sendo crescentemente possível retirar, por via da revolução genética e dos chamados *big data*, o véu ao dador ou à dadora. Bem andou o Tribunal Constitucional ao reconhecer que o direito ao conhecimento da ascendência genética é uma posição jusfundamentalmente protegida, que, em princípio, deve primar face a outras posições.

¹³⁶ Cf. as referências indicadas em Fiona KELLY, “Is it time to tell”, 192, n. 97.

¹³⁷ Rebecca PROBERT, “Families, assisted reproduction and the law”, *Child and Family Law Quarterly* 16 (2004/3) 273-288, 287.

¹³⁸ *Children and Family Relationships Act 2015*.

¹³⁹ Andreas TJERNSHAUGEN, *Foreldre bør ha plikt til å fortelle*, <<http://www.biotechnologiradet.no/2015/02/foreldre-bor-ha-pliktil-a-fortelle>>.

Além disso, também é correta a não utilização da limitação temporal dos efeitos prevista no artigo 282.º/4. Com efeito, o Tribunal lançou mão dela em relação aos casos de gestação para outrem cujos procedimentos clínicos já estivessem iniciados. Contudo, não o fez, e bem, quanto aos gâmetas e embriões já doados.

As tentativas anunciadas de, por via legislativa, criar um regime transitório de forma a possibilitar, inclusivamente, a utilização de gâmetas ou embriões existentes, mantendo o regime anterior, apresentam-se como uma clara violação do disposto no acórdão do Tribunal Constitucional.

PROPOSTA DE BASES GERAIS PARA O REGULAMENTO DA GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM ESPANHA

PROPUESTA DE BASES GENERALES
PARA LA REGULACIÓN EN ESPAÑA
DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

L. Alfonso de la Fuente Hernandez
afuente@iefertilidad.com

Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF
Director Médico Instituto Europeo de Fertilidad
Madrid

DEFINIÇÃO DE SUBROGAÇÃO UTERINA

Gravidez por substituição é aquela que ocorre quando uma mulher concorda em engravidar e dar à luz uma criança, substituindo outra que não pode ou não quer fazê-lo, transferindo embriões de seus próprios gametas ou parte substituto.



EVOLUÇÃO DO S.U.

O primeiro caso de maternidade substituta no mundo está na Bíblia:

- Abraão, Sara e Agar (Livro do Génesis):
 - Sara deu seu marido para Hagar como uma concubina e Ismael nasceu.
 - O plano de Sara estava de acordo com o costume antigo: uma escrava poderia servir como mãe substituta para sua amante estéril.
- Subrogação pelo método tradicional até a introdução da AR.

TIPOS DE MATERNIDADE

Pode haver até cinco progenitores: a mãe biológica, o pai biológico, a mãe uterina e os pais intencionais.

- Genética
 - Gestacional
 - Social
- Essas três "mães" podem ser representadas por até três diferentes pessoas: o doador do óvulo, a mulher grávida e a mãe intencional.

TIPOS DE SUBROGAÇÃO UTERINA

- Existem dois tipos de sub-rogação, dependendo da ligação genética entre a gestante e o embrião:
 - *Total, completa ou gestacional*, em que a gestante não possui relação genética com o embrião:
 - Os dois gametas, óvulo e espermatozóide, são fornecidos pelos "pais", ou seja, gametas de ambos os pais são usados.
 - O "pai / mãe" fornece um dos gametas, enquanto o outro vem de uma doação.
 - Os dois gametas vêm de doadores ou embriões doados são usados.

- *Parcialmente*, quando existe uma ligação genética entre a mulher grávida substituta e o embrião, uma vez que contribui para o óvulo. Nestes casos, a gestação é obtida por inseminação artificial (IA) ou FIV, seja com sêmen do pai ou doador. A tendência geral é evitar que o doador de óvulos e a mulher grávida sejam a mesma pessoa.

¿O que há de novo no S.U.? Aspectos clínicos

Do ponto de vista médico, é importante valorizar o substituto ou gestante não como uma mera “incubadora humana”, mas com uma participação ativa no desenvolvimento do embrião por:

- Marcadores epigenéticos
 - Determinantes imunológicos que afetam o desenvolvimento da gravidez.
- Casal homossexual / heterossexual / mulher / homem intencional ou sub-rogado:

INDICAÇÕES ABSOLUTA E RELATIVA

- Substituto ou grávida
 - Recém nascido
- 
- EPIGENETICA e IMUNOLOGIA

SITUAÇÃO NA ESPANHA

LEI 14/2006, DE 26 DE MAIO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Artigo 10. Gravidez por substituição

1. O contrato para o qual a gravidez é acordada, com ou sem preço, por uma mulher que renuncia à filiação materna em favor do contratado ou de um terceiro *é nula e sem efeito*.
2. A filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo nascimento.
3. A possível ação para reivindicar a paternidade com respeito ao pai biológico é preservada, de acordo com as regras gerais.

ABORDAGEM

Em junho de 2014, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos declarou, em certos casos, que as crianças nascidas por sub-rogação uterina devem necessariamente ter a sua filiação reconhecida e estar registradas no registro civil. São calculados entre 800 a 1200 casos de mães de aluguer por ano de casais espanhóis.

- OBJETIVOS:
 - Gerar uma reflexão multidisciplinar sobre a técnica reprodutiva conhecida como gestação por substituição ou maternidade substituída, sem pronunciamento a favor ou contra
 - Especificar e propor um conjunto de bases que possam apoiar um futuro regulamento em Espanha sobre esta matéria
- PREMISSAS:
 - Caráter excepcional com o qual a gravidez deve ser considerada por substituição, já que, de maneira nenhuma deve ser usada como mais um tratamento reprodutivo. O contexto em que se desenvolve é eminente-

mente médico, apesar de também reconhecer o acesso nos casos da chamada esterilidade “constitucional” que afeta casais do mesmo sexo e indivíduos solteiros.

BASE GERAL EM RELAÇÃO À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

1. A gravidez por substituição deve ser considerada um recurso excepcional antes de uma indicação médica para tal técnica devidamente documentada, ou uma situação de esterilidade constitucional (casal homossexual masculino ou homem sem companheiro), tendo esgotado outros tratamentos de fertilidade.
2. Quer a gestante quer o substituto devem atender a uma série de exigências objetivas de idade, paridade, capacidade, maturidade, saúde física e psicológica. Também a situação socioeconômica da mulher grávida deve ser avaliada para descartar situação de grave necessidade (relatório do assistente social).
3. Com base na segurança, o número de embriões a serem transferidos será dois no máximo. Considera-se necessário que haja antecipadamente um seguro médico perante qualquer complicação da saúde da mulher grávida e também que seja garantido o apoio psicológico durante a gravidez e depois do parto.
4. É obrigatório que pelo menos um dos membros do casal substituído, ou a pessoa substituída, contribua com as seus gametas, já que em outro caso a justificação para recorrer a esta técnica desaparece e pode ser favorecido o comércio de crianças. Não se deve admitir que a mulher que vai estar grávida contribua com o ovócito, a fim de proteger o princípio do anonimato do doador de gametas que governa na Espanha e evitar a ligação genética da gestante com o futuro filho.
5. A gestante deve ter previamente seu próprio filho (máximo de cinco) e saudável, para que seu consentimento

- seja realmente informado sobre o que a gravidez acarreta e tenha desenvolvido previamente seu projeto reprodutivo pessoal. Se fosse casada ou vive com um parceiro, deve ter a aceitação de seu parceiro.
6. A seleção da gestante não pode ser feita pelo casal ou pela mulher substituída, mas responderá aos critérios médicos. Não se deve permitir que a mulher grávida tenha uma relação de parentesco, trabalho, dependência institucional ou hierárquica com o casal ou com a mulher substituída, para que a sua liberdade de decisão não seja afetada.
 7. Não pode haver pagamento de um preço para a mulher grávida, mas sim uma compensação econômica pelo inconveniente, que inclui as despesas médicas relacionadas com a gravidez que não são cobertas. Deve ser a administração pública quem define a compensação financeira para a mulher grávida.
 8. Os pedidos devem ser informados favoravelmente por um Comitê de Ética, no qual será considerado o bem-estar da futura prole, além dos aspectos mencionados nos itens anteriores.
 9. A aprovação judicial será necessária antes do início do processo clínico que confirme a voluntariedade do consentimento informado, que não haja tráfico de crianças ou exploração da mulher e que a documentação clínica e social esperada esteja disponível, bem como o relatório favorável do Comitê de Ética.
 10. As partes afetadas devem ter liberdade para determinar o regime anônimo ou não do relacionamento. A pedido do casal substituído, e desde que a mulher grávida o aceite livremente, ambas as partes podem ser identificadas e manter contato durante a gravidez.
 11. A gestante deve ser reconhecida pela sua autonomia e plenitude de direitos desde o momento da transferência do embrião até o momento do nascimento, no sentido de que pode interromper a gravidez ou continuar contra o critério do casal substituído. No entanto, em caso nenhum, pode se recusar a entregar o recém-nascido ao casal substituído.

Deve ser previsto no contrato como proceder em situações de conflito (doenças, prematuridade, abortamento, etc.), bem como o compromisso da gestante de evitar comportamentos e estilos de vida que possam representar um risco pré-natal.

12. A Administração criará um registro de mulheres grávidas por substituição, a fim de evitar repetições que ponham em risco sua saúde. Este registro será acessível através dos canais judiciais e as clínicas autorizadas e as unidades de reprodução assistida serão quem devem notificar os casos.
13. Pode haver agências intermediárias, mas elas devem ser sem fins lucrativos (associações de pacientes, fundações, ONGs e similares) e a publicidade que fizerem não incentivará essa prática com a oferta de benefícios econômicos. A administração pública deve lidar com a aprovação das agências.

**REFLEXÕES EM TORNO
DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**
PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DO
COLÓQUIO INTERNACIONAL
“QUE FUTURO PARA A GESTAÇÃO DE
SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL?”

Eduardo António da Silva Figueiredo¹

Karoline Tavares Vitali²

I. Apresentação

Passavam 17 minutos das 10 horas do dia 22 de junho de 2018, quando teve início, na faustosa sala 9 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o Colóquio Internacional “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?”. Os dois principais eixos temáticos propostos para a discussão — a

¹ Monitor Convidado na Secção de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional, na mesma instituição.

² Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

gestação de substituição e a questão do anonimato do dador de gâmetas no âmbito da procriação medicamente assistida (PMA) heteróloga —, há muito debatidos pela doutrina portuguesa e estrangeira, abriam caminho a um debate que se expectava frontal, rico e audaz³. Debate que, se nos é permitido, não podia ser acolhido em lugar melhor do que a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Casa de Liberdade e de Cultura, verdadeira *alma mater* do conhecimento e da investigação jurídica em Portugal.

A verdade é que, na discussão de temas fraturantes e que, em boa medida, ameaçam alterar o sistema social vigente e o modo como, no seu seio se compreende a reprodução e a maternidade — assistindo-se à segmentação do seu outrora tendencialmente uno âmbito genético, gestacional e social —, a Universidade desempenha um papel fundamental, promovendo a reflexão e instigando o debate, propiciador do confronto de posições (produtivamente) conflitantes, na tentativa de que se alcancem soluções mais conciliadoras e que tomem, de forma séria, em consideração os variados direitos e interesses em jogo. É note-se, em tempos como os nossos (estes tempos que, porque profundamente marcados pela mudança, impõem um (re)pensar do Direito e uma análise crítica dos seus limites... ou, porventura, da ausência deles, catapultando-nos, assim, para um certo pan-juridicismo⁴), não nos podemos dar ao luxo de nos deixar melindrar pelo carácter delicadíssimo das questões com que nos confrontamos diariamente — todas elas devem ser tratadas, em-

³ Aliás, estes adjetivos que aqui mobilizamos caracterizam bem a obra e o trabalho de Maria João Antunes (FDUC) e de Margarida Silvestre (FMUC), coordenadoras deste Colóquio Internacional, e a quem os autores desejam, antes de mais, dirigir os seus mais sinceros agradecimentos.

⁴ A presente reflexão foi levada a cabo por J. M. Aroso Linhares, a propósito do discurso que proferiu na sessão de abertura do Colóquio. O autor destacou também que o Acórdão TC n.º 225/2018, de 24 de abril — que, como veremos, foi o ponto de partida para a discussão de ambos os temas supramencionados —, numa perspetiva *principiológica*, apresenta o mérito de consagrar uma reflexão cuidada sobre o conteúdo de vários princípios jurídicos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana ou da igualdade, ajudando à (re)compreensão do seu próprio sentido, num período em que a sua invocação é frequente e o seu conteúdo cada vez mais “maleável”, correndo-se o risco de que os mesmos se transformem em “fórmulas abertas” que possam conduzir a “reflexões plurais, senão mesmo esvaziadas de sentido”.

bora sempre com o devido cuidado e rigor, de maneira verdadeiramente destemida. E é justamente este o espírito do Colóquio em que tivemos a oportunidade de participar.

O programa apresentado revelou-se um autêntico sucesso: após a sessão de abertura — na qual usaram da palavra Maria João Antunes (em representação da Direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e enquanto membro da Comissão Científica do Colóquio), Paulo Moura (em representação da Direção da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra), Margarida Silvestre (Membro do Instituto de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra e membro da Comissão Científica do Colóquio) e Aroso Linhares (Presidente do Instituto Jurídico/FDUC) —, atravessámos o Canal da Mancha para ouvir algumas palavras sobre o percurso histórico e o potencial futuro das leis reguladoras da gestação de substituição (“surrogacy laws”) no Reino Unido — a moderação esteve a cargo de Pedro Xavier (Presidente da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução) e a palestra foi proferida por Kirsty Horsey (Kent University). Em seguida, sob a moderação de Aroso Linhares, coube a Rui Moura Ramos (FDUC) apresentar o conteúdo do Ac. TC n.º 225/2018, de 24 de abril, que serviu de ponto de partida para o debate posterior. Logo após a pausa para almoço, procedeu-se, sob moderação de Vieira de Andrade (FDUC), à análise crítica do conteúdo do supramencionado acórdão. Numa primeira fase, a mesma foi levada a cabo por Joaquim de Sousa Ribeiro (FDUC) e Miguel Oliveira da Silva (FMUL). Em seguida, coube a Margarida Silvestre (FMUC) comentar a primeira intervenção e a João Loureiro (FDUC) ajuizar sobre a segunda. Após uma breve pausa, foi a vez de Alfonso de La Fuente (Universidad Complutense de Madrid), no âmbito de uma sessão moderada por Teresa Almeida Santos (FMUC), palear sobre as bases gerais para a regulação da gestação de substituição em Espanha, brindando-nos, uma vez mais, com uma enriquecedora visão comparatística. *The last but not the least*, foi-nos permitido usar da palavra para sintetizarmos as principais contribuições de cada um dos oradores — tarefa que se revelou bastante desafiadora, tendo em conta a complexidade e riqueza de cada uma das intervenções levadas a cabo. É, justa-

mente, este nosso humilde contributo em tão grandioso evento que pretendemos, *hic et nunc*, reduzir a escrito.

II. Comentários ao Acórdão do Tribunal Constitucional — a Gestação de Substituição

O carácter polémico é apanágio de temáticas como a gestação de substituição e a questão do anonimato do dador de gâmetas no âmbito da PMA heteróloga, não só porque estas suscitam um conjunto de quesitos complexos e pertinentes do ponto de vista bioético, mas também porque contendem, ainda que em medida variável, com direitos e liberdades juridicamente relevantes e que encontram respaldo na nossa Lei Fundamental. Por essa razão, impõe-se que a sua regulamentação procure, ao máximo, velar pela harmonização dos mesmos, evitando a sua absoluta vulneração e desconsideração.

É justamente por se entender que essa necessária harmonização jusfundamental não foi levada a cabo de forma satisfatória pelo legislador parlamentar, que um grupo de trinta deputados requereu ao Tribunal Constitucional (TC ou “Tribunal”) que declarasse a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral⁵, do artigo 8.º (n.º 1 a 12), artigo 15.º (n.º 1 e 4) e artigo 20.º/3 da LPMA⁶, na redação que lhe tinha sido dada pelas Leis n.º 17/2006, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto. A decisão do TC foi conhecida a 24 de abril de 2018.

No que toca ao acórdão em si, Rui Moura Ramos referiu que o mesmo “honra a instância que o profere, tratando, de forma

⁵ Em sede, portanto, de um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade. Segundo Rui Moura Ramos, este facto foi “propício a que o Tribunal analisasse as questões sobre as quais foi chamado a pronunciar-se com o devido cuidado e a ponderação necessária” ao teor e delicadeza das mesmas. O mesmo não aconteceria caso tivesse sido requerida a fiscalização preventiva da constitucionalidade das mesmas normas, desde logo porque, neste caso, o TC teria de pronunciar-se num prazo máximo de 25 dias (v. artigo 278.º/8 da CRP), o que poderia afigurar-se incompatível com a complexidade das questões a analisar.

⁶ Estamos a referir-nos à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, relativa à regulação da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). O texto do diploma pode ser consultado, com todas as atualizações, em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>.

profunda e dialogada, todo o problema em questão”⁷. Segundo o autor, foram três as questões principais a que o Tribunal foi chamado a pronunciar-se: (1) a admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo; (2) o direito daqueles que nascem em consequência dos processos de PMA com recurso à dádiva de gâmetas de conhecerem a identidade dos dadores e da gestante; (3) a legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente à criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, a técnicas de PMA para engravidar. Por razões sistemáticas, trataremos dos pontos (1) e (3) já de seguida, deixando as considerações sobre o ponto (2) para mais adiante.

Relativamente à questão da admissibilidade da gestação de substituição⁸, os requerentes entendiam que a mesma era, *per se*, contrária à Constituição, porque violadora do princípio da

⁷ E acrescentou o autor: “No conjunto do acórdão e das declarações de voto em anexo encontramos praticamente todas as posições que se podem ter sobre esta matéria. Além disso, o mesmo demonstrou que os juízes do Tribunal Constitucional português procuraram adquirir um conhecimento profundo sobre o tema e encetar um debate circunstanciado e uma ponderação cuidada e expressa sobre todas as questões em análise”.

⁸ No acórdão em discussão, o Tribunal Constitucional esforçou-se por caracterizar aquilo a que chamou de “Modelo Português da Gestação de Substituição”, instaurado com as alterações legislativas de 2016. Segundo o TC, a gestação de substituição assume, no nosso ordenamento jurídico, (1) um carácter subsidiário e excepcional (porque só admissível em casos de “ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”); (2) tem uma natureza meramente gestacional; (3) pressupõe o consentimento autónomo dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade; e (4) exige a sua formalização por via de um contrato escrito e a título gratuito, previamente autorizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) (p. 22-23).

Note-se que a gratuidade é nota essencial do nosso modelo de gestação de substituição, mormente tendo em conta os gravíssimos dilemas ético-jurídicos suscitados pela celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição de carácter oneroso (relembremos as palavras de Guilherme de Oliveira quando afirmou, há mais de vinte anos atrás, que “[um contrato de gestação oneroso] significaria a eliminação pura e simples daquela especificidade humana que nos tem permitido dizer, ao menos nos últimos anos, que as coisas podem ser vendidas, mas os homens não”). Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 16, ISBN 972-32-0614-5.

dignidade da pessoa humana⁹, na medida em que tal prática se traduz numa mercantilização quer da gestante¹⁰, quer da criança que vier a nascer. Quanto a esta questão, o Tribunal, de forma “bastante relevante e inovadora”, estimou a gestação de substituição (enquanto tal) compatível com a nossa *Lex Superior*¹¹. No entanto, e como bem alertou Rui Moura Ramos durante a sua riquíssima intervenção, isso não significa que os termos em que ela fora regulamentada pelo legislador parlamentar não pudessem contrariar importantes preceitos constitucionais¹²:

⁹ Urge, a este propósito, recordar que o princípio transpositivo da dignidade da pessoa humana se afirma como verdadeiro fundamento axiológico-jurídico de todos os direitos fundamentais (*inter alia*, conformando e codeterminando a sua interpretação) e se revela, inevitavelmente, como a *fundação* sobre a qual o Direito ergue os seus pilares. Cfr. Ana Raquel MONIZ, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017, 69 e 75, ISBN 978-989-26-1383-3.

¹⁰ No que a esta questão diz respeito, já João Loureiro, a seu tempo, escreveu que “o relato da maternidade de substituição, nomeadamente na sua forma de “barriga de aluguer”, é a expressão dessa exploração da mulher, num contexto dominado pela idolatração do mercado, em tempos de *outsourcing* ou *leasing* do útero”. E acrescenta: “o drama das mulheres privadas de útero ou sofrendo de patologias impossibilitantes de gravidez pode, se permitida a maternidade de substituição, levar à tragédia de outras pessoas (desde logo, mães de substituição e filhos) e consequências sistémicas não despidiendas”. Cfr. João LOUREIRO, «Outro útero é possível: Civilização (da Técnica), Corpo e Procriação — Tópicos de um Roteiro em Torno da Maternidade de Substituição», in Manuel da Costa ANDRADE *et al.*, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 1388 e 1399, ISBN 978-972-32-2124-4.

¹¹ Relativamente à dignidade da gestante, o TC deixou claro que “[esta] não é violada; pelo contrário, a gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade” (p. 44). Além disso, no que toca à dignidade da criança que vier a nascer, afirmou que “o perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da [mesma] reveste um grau de abstração elevado e de significativa incerteza. (...) Num tal quadro de incerteza quanto aos riscos para o desenvolvimento da criança e de certeza positiva quanto aos benefícios da gestação de substituição para os beneficiários e a própria gestante, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador um significativo espaço de avaliação e de conformação” (p. 52). Note-se, porém, nas palavras proferidas por Rui Moura Ramos, que existem “densos votos de vencido que apontam em sentido contrário, considerando tais juízes que o próprio modelo devia, sem mais, ser condenado” e declarado inconstitucional.

¹² Relembre-se o seguinte excerto do acórdão em análise: “agora, saber se as garantias procedimentais e organizatórias são suficientes para uma efetiva proteção da liberdade de ação da gestante ao longo de todo o processo é uma questão diferente, mas não interfere com a admissibilidade constitucional de princípio

1. Por um lado, entenderam os juízes do TC que os interesses da gestante não foram suficientemente acautelados ao não se admitir a livre revogabilidade do seu consentimento para lá do momento em que se iniciam os procedimentos de PMA. Segundo os mesmos, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante é inconstitucional por restringir, de forma desproporcional, o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana¹³. Tal juízo estende-se, consequencialmente e pelas mesmas razões, à norma do artigo 8.º/7 da LPMA.

Este segmento da decisão do Tribunal Constitucional foi, durante o Colóquio, severamente criticado por Joaquim de Sousa Ribeiro. O autor começou por referir que o presente acórdão do TC é “riquíssimo do ponto de vista argumentativo” e por destacar que, embora o modelo português da gestação de substituição seja constitucionalmente admissível (o que não significa, porém, que se possa falar de um qualquer direito fundamental de recorrer à mesma para se satisfazerem os desejos de parentalidade de um ou mais indivíduos, como certos autores parecem afirmar¹⁴), todavia não o são algumas das soluções adotadas pelo legislador para a concretização do mesmo.

da prática, tal como modelado pelo legislador nos seus traços essenciais” (p. 46).

¹³ Neste sentido, dispõe o já supramencionado acórdão do TC: “(...) tal limite à revogação do consentimento, não se revelando inadequado nem desnecessário à proteção do projeto parental dos beneficiários e dos seus interesses e expectativas, apresenta-se, todavia, excessivo, pelo sacrifício que impõe a um direito fundamental da gestante de substituição”, na medida em que, “por força das características próprias da gravidez (...), não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida e insuscetível de sofrer modificações em virtude de desenvolvimentos não previstos ocorridos durante o próprio processo gestacional. Consequentemente, as obrigações contratualmente assumidas e consentidas *a priori*, podem, a partir de um dado momento, deixar de corresponder à vontade da gestante, de modo tal que o respetivo cumprimento deixe de traduzir uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. O consentimento inicial deixa, assim, de ser atual, por razões atendíveis” (p. 64).

¹⁴ Por exemplo, Vera Lúcia Raposo, defendendo a existência daquilo a que chama “direitos reprodutivos”, afirmou que “se partirmos do pressuposto da existência de um direito à reprodução recorde-se que a maternidade de substituição pode ser uma forma de dar cumprimento aos direitos reprodutivos do casal contratante”. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade — O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico*

Ora, para bem entendermos o que está aqui em causa, importa não olvidar que, quando nos referimos à gestação de substituição, estamos a apontar para uma forma especial de reprodução, na qual uma pessoa — a gestante — gera uma criança com recurso aos gâmetas de um ou dois beneficiários, com o único fim de tornar possível um projeto parental dos mesmos. Este processo reprodutivo — que, como vimos, assume entre nós uma natureza particular — tende a culminar com a constituição de uma relação de parentalidade, protagonizada por estes últimos e relativamente à criança que vier a nascer. Deste modo, distingue-se, de forma definitiva, entre gravidez e maternidade e afasta-se a tradicional máxima romana de que *mater semper certa est*¹⁵.

Partindo destas considerações preliminares, Joaquim de Sousa Ribeiro considerou que o Tribunal Constitucional — ao afirmar que “só é possível acautelar a permanência da vontade da gestante ao longo de todo o processo se se admitir a livre revogabilidade do seu consentimento até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato” (*scilicet*, até à entrega da criança nascida aos beneficiários), declarando, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da norma que apenas admitia a revogação do consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA (artigo 8.º/8, por remissão para o artigo 14.º/4 da LPMA) — apontou para um sistema distinto daquele que o autor tinha começado por descrever e que é o subjacente ao modelo português de gestação de substituição¹⁶.

No fundo, o TC veio considerar que não é suficiente que a gestante tenha expresso a sua vontade em celebrar o contrato de gestação de substituição com os beneficiários até ao momento da implantação do embrião no seu útero (isto é, até ao início dos procedimentos de PMA), antes exigindo que, após a criança nascer, esse consentimento (que já tinha sido previamente dado)

do embrião in vitro, Coimbra: Almedina, 2014, 1088, ISBN 978-972-40-5194-9.

¹⁵ Afirmou o autor: “Neste contexto, a gravidez deixa de ser parte integrante e condição necessária para a atribuição da maternidade”.

¹⁶ A este propósito, afirmou Sousa Ribeiro que “se admitirmos que a revogação do consentimento da gestante repõe em vigor o critério geral de filiação previsto no Código Civil, segundo o qual é mãe a mulher geradora da criança, estamos a reverter um traço essencial do nosso modelo de gestação de substituição e, assim, a passar progressivamente para um modelo distinto”.

seja por ela ratificado, tornando a entrega da criança (e não o seu mero nascimento) o facto que torna certo e definitivo o vínculo parental entre esta e os beneficiários. Assim, e destacando que a manifestação de vontade da gestante não pode ser encarada, neste contexto, como uma mera manifestação da sua autonomia privada, mas sim como uma verdadeira expressão volitiva¹⁷ revelada no seio de um acordo entre a mesma e os beneficiários e que se traduz no cumprimento de um programa legalmente fixado e pré-determinado, questionou-se se é compatível com a Constituição que a gestante possa, ao exercer este seu direito ao arrependimento¹⁸ numa fase tão avançada do processo, frustrar a expectativa dos beneficiários de ser pais (tornando-se estes “meros participantes forçados” do projeto parental de outrem, levado a cabo sem a sua autorização e com o seu material genético¹⁹), impedindo-os, assim, de seguir avante com o seu “projeto de vida verdadeiramente pessoal” — do qual, aliás, a gestante estava

¹⁷ Miguel Oliveira da Silva questionou, a propósito da questão do consentimento da gestante, até que ponto se pode considerar que ele é verdadeiramente esclarecido naqueles casos em que a mesma nunca esteve previamente grávida, desconhecendo, desse modo, todas as particularidades e implicações físicas e psíquicas do processo de gestação.

¹⁸ Este direito ao arrependimento tem, segundo o autor, uma razão de ser ponderosa, na medida em que a gestação de substituição implica, para a gestante, uma participação pessoal e com o próprio corpo. Resta, porém, saber até que momento é razoável aceitar que este venha a ser exercido pela mesma sem que, assim, se descaraterize o nosso modelo de gestação de substituição e sem aniquilar as legítimas expectativas dos beneficiários.

A este propósito, Margarida Silvestre pontuou que seria desejável que fosse legalmente consagrada a exigência de acompanhamento psicológico da gestante, quer antes, quer durante a gestação, de forma a que se tente reduzir o risco de revogação do seu consentimento em momento ulterior ao início dos procedimentos de PMA. A redução do índice de desistência podia, igualmente, ser alcançada, segundo Miguel Oliveira da Silva, se a lei exigisse, para que uma mulher se oferecesse como gestante, que a mesma já tenha estado grávida previamente, conhecendo bem os intensos impactos físicos, psicológicos e emocionais de todo esse processo gestacional.

¹⁹ Atente-se nas seguintes palavras proferidas pelo autor aquando da sua intervenção: “Os beneficiários já doaram os gâmetas, a gestante já engravidou... já não é possível voltar atrás. Trata-se de uma situação muito particular — este não é, definitivamente, um contrato como qualquer outro. (...) Note-se que a gestante que se arrepende não pretende apenas deixar de cumprir o contrato. Ela quer utilizar a circunstância — a doação da outra parte — para a satisfação de um interesse próprio”.

ciente desde o início e com o qual decidiu colaborar num espírito de verdadeira solidariedade. Será tal solução respeitadora do princípio da proporcionalidade? No fundo, questiona-se qual é o “sacrifício maior” a ter em conta e que, por isso, deverá prevalecer... será o da gestante, que se recusa a entregar a criança que gerou, ou o dos beneficiários dadores dos gâmetas, que, a qualquer momento, podem ver o seu projeto parental desvanecer-se? Quanto a esta questão em concreto, Joaquim de Sousa Ribeiro tratou apenas de destacar que ambos os sacrifícios (da gestante e dos beneficiários) são gravíssimos, não sendo tarefa fácil determinar qual deve, neste quadro, ser preferencialmente salvaguardado pela lei.

Questão menos difícil de responder é a de saber para “que lado pende a balança quando tomamos em consideração o chamado direito a constituir família de ambas as partes”²⁰. Neste caso, o autor considera, sem grandes dúvidas, que devem ser favorecidos os beneficiários, na medida em que este seu direito é, deste modo, verdadeiramente afetado. Já a gestante não vê, na verdade, o seu direito bloqueado — antes, ela apenas vê frustrada a sua pretensão de seguir um projeto parental à custa da frustração de expectativas dos beneficiários.

Posto isto, concluiu o autor que a decisão do Tribunal, quanto a este aspeto em particular, “parece gerar uma gravosa incerteza e contribui para uma prolongada indefinição da parentalidade da criança que vier a nascer”.

²⁰ Note-se que, em escritos anteriores, João Loureiro já defendeu que a própria gestação de substituição atenta contra este direito fundamental (artigo 67.º CRP), que se afirma como “autêntica garantia institucional protetora da família”. Neste contexto, considera o autor que, nos casos de gestação de substituição intra-familiar, “se a mãe é mãe, mas a avó também é, de facto, mãe ao dá-lo à luz, e se o útero releva, mais do que a questão da multiplicação que surge em vários domínios da procriação medicamente assistida, em virtude das referidas dissociações no campo da paternidade e da maternidade, assistimos, paradoxalmente, a um pôr em questão a separação fundante dos laços familiares, a desordem e a uma diferenciação indiferenciante, que esquece o profundo simbolismo da naratividade da criação, assente numa ordem estruturada precisamente na referida separação”. Cfr. João LOUREIRO, «Outro útero é possível: Civilização (da Técnica), Corpo e Procriação — Tópicos de um Roteiro em Torno da Maternidade de Substituição», 1426.

2. Por outro lado, considerou-se que a sanção da nulidade dos contratos de gestação que tivessem sido celebrados em contrariedade com o disposto na lei não constituía uma boa solução, violando o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático (artigo 2.º da CRP) e o dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º/1 da CRP)²¹.

3. Por fim, dirigiu-se uma crítica fundamental à indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição, pelo facto de o legislador não ter definido, com clareza, quais as condições que se háo-de verificar para que os contratos supramencionados sejam aprovados pelo CNPMA²².

Relativamente ao supramencionado ponto (3), relativo à legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente à criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, a técnicas de PMA para engravidar, entendeu o Tribunal Constitucional que a solução do artigo 20.º/3 da LPMA “não pode ser tida por violadora do princípio da igualdade, visto que o legislador quis encontrar uma regra diferente para uma realidade também diferente, no que à geração de uma criança diz respeito. Por outro lado, a

²¹ A este propósito, afirmou o TC que se suscitam “dúvidas quanto ao respeito das exigências de segurança jurídica numa matéria tão importante como a da filiação, atenta a invocabilidade a todo o tempo e por qualquer dos interessados na nulidade. Tais dúvidas estendem-se ainda à questão de saber se, e em que medida, o interesse da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição pode ser objeto de ponderação autónoma, em caso de nulidade do pertinente contrato, seja ele gratuito ou oneroso” (p. 56).

²² Atente-se no seguinte excerto do acórdão em análise: “a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas naqueles preceitos que atribuem ao CNPMA os poderes administrativos formais necessários à legitimação do contrato de gestação de substituição, designadamente por via da respetiva autorização, legalmente exigida, prejudica necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado. Por isso, tal juízo de inconstitucionalidade estende-se consequencialmente às normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia. Com efeito, sendo a celebração daqueles negócios jurídicos possível tão-somente a título excecional e desde que previamente autorizados (...), a falta de uma entidade com competência para o autorizar e, bem assim, a ausência de definição legal de critérios de autorização determina a sua inadmissibilidade” (p. 75).

norma em causa afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança gerada por mulher sozinha com recurso a PMA, designadamente, o respeito pela sua vida privada e familiar”. Além disso, quanto aos demais direitos alegadamente violados e invocados pelos requerentes no seu pedido (identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade e identidade genética), notam os juízes do TC que “eventuais lesões (...) decorreriam não da dispensa de averiguação oficiosa de uma paternidade, que *de iure* não existe; mas, sim, da utilização de gâmetas doados em si mesma, o que implicaria uma avaliação da constitucionalidade do recurso a procriação heteróloga” — avaliação essa que não foi, no entanto, requerida no pedido dirigido ao Tribunal²³.

Incumbe, por fim, destacar que se limitaram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade relativamente aos contratos de gestação de substituição que já estejam em fase de execução, dado o valor intrínseco de todos os bens em questão, como é o caso do respeito pela saúde e integridade física de quem já foi objeto dos atos médicos correspondentes à utilização de técnicas de PMA.

III. Uma análise de Direito Comparado

Como já tivemos oportunidade de pontuar anteriormente, a gestação de substituição coloca em confronto direitos fundamentais que se encontram em posições diametralmente opostas,

²³ Rui Moura Ramos destacou, aliás, que, estando o TC obrigado a respeitar o chamado princípio do pedido (artigo 51.º/1 e 5 da LOFPTC), os “requerentes passam a ter sobre eles o ónus de evitar formular o mesmo deixando questões em aberto”. Segundo o autor, esse facto nem sempre foi tido em conta: por exemplo, no pedido que lhe foi dirigido, o TC foi exclusivamente chamado a pronunciar-se quanto à inconstitucionalidade dos artigos 15.º/1 e 15.º/4 da LPMA; no entanto, os requerentes, na fundamentação do mesmo, “puseram em causa questões abordadas nas demais alíneas do supramencionado artigo”. Claro está que, no acórdão que veio a ser proferido, o Tribunal se limitou a pronunciar-se em função do conteúdo das normas cuja inconstitucionalidade foi devidamente requerida.

demandando adequada e cuidada harmonização pelo legislador parlamentar.

Perante a complexidade da questão a que foi chamado a pronunciar-se, o Tribunal, demonstrando uma premente preocupação, no atual cenário de crescente internormatividade, de tomar em consideração o direito internacional e comparado, não se esquivou de voltar os olhos para a forma como a matéria é regulamentada em outros países, sobretudo naqueles que integram a União Europeia, a fim de ponderar as soluções legais que aí foram concretamente adotadas e, assim, refletir sobre a alegada violação da dignidade da pessoa humana pelas diversas facetas ético-jurídicas da gestação de substituição. Vale pontuar que, ao longo do acórdão, foram reiteradamente citadas as regulações da matéria no Reino Unido e na Espanha, a título de comparação com a legislação lusitana.

Nesse toar, o futuro da gestação de substituição em Portugal vê-se, também, abraçado pela influência das experiências legislativas transnacionais — o que acabou por ser representado no Colóquio, cujos debates foram iniciados, como vimos, com uma explanação sobre a regulação da gestação de substituição no Reino Unido e finalizados com uma intervenção acerca da realidade vivida na Espanha —, nomeadamente, pela forma como os múltiplos direitos fundamentais em conflito são aí harmonizados.

3.1. A Experiência Britânica

A discussão acerca do tratamento conferido à gestação de substituição no contexto transnacional foi enriquecida com a exposição de Kirsty Horsey que, de forma bastante elucidativa, traçou a evolução histórica²⁴ da regulação da sub-rogação gestacional no Reino Unido e realçou as potenciais mudanças que a legislação britânica poderá vir a sofrer diante da realidade fática do país e

²⁴ Vide, para maiores esclarecimentos sobre a perspetiva da autora, Kirsty HORSEY / Sally CHELDON, «Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy». *Medical Law Review*, Oxford: Oxford University Press, ISSN 0967-0742, 20/1 (2012) 67-89.

dos desafios que, ao longo dos anos, permeiam a árdua tarefa de regulamentar adequadamente uma matéria desta natureza.

Como a autora bem pontuou, a intervenção do Direito na gestação de substituição no cenário britânico não se afigura uma questão recente. Remonta, antes, ao ano de 1985, com a entrada em vigor do *Surrogacy Act*, que buscou dar resposta à proliferação de agências norte-americanas no Reino Unido que tinham por finalidade mediar a relação entre os pais intencionais e as gestantes. Poucos anos depois, a matéria veio a ser regulamentada no *Human Fertilization and Embriology Act* de 1990, posteriormente alterado em 2008, e que ainda hoje se encontra vigente. Nos supramencionados diplomas, não se proibiu, de forma absoluta, a prática, embora se tenham estabelecido regras e pressupostos demasiado restritivos que, de certa forma, coíbem o recurso à mesma.

Hodiernamente, a legislação britânica adota um modelo que consagra, nos termos utilizados pelo TC, uma “solução de compromisso”²⁵: permite a prática da gestação de substituição, contudo, mediante a observância de exigências e procedimentos deveras restritos, levantando questões delicadas e relacionadas, sobretudo, com a questão da atribuição da parentalidade da criança que vier a nascer.

À luz da mesma, a criança é legalmente considerada filha da gestante após o seu nascimento, permitindo-se a transferência da parentalidade aos beneficiários do contrato — ou seja, aos pais intencionais — através da via judicial²⁶, após a verificação de múltiplos pressupostos legais — os quais também não deixam de ser alvo de ponderadas críticas por parte da autora. Diante

²⁵ Cfr. Ac. TC 225/2018, 34.

²⁶ Note-se que, a título de curiosidade, a autora nos deu a conhecer dois casos nos quais as gestantes de substituição se opuseram à concessão pelo tribunal da *parental order* aos beneficiários, notadamente em razão do melhor interesse da criança, uma vez que a conduta empreendida pelos pais intencionais durante a execução do contrato de gestação de substituição evidenciava, na opinião destas, uma certa inaptidão dos mesmos para cuidar e educar adequadamente dela.

Neste cenário, impôs-se também deixar claro que este critério do “melhor interesse da criança” é, no contexto britânico, o principal guia para a tomada de decisões (judiciais e extrajudiciais) que as envolvam, tal como dispõe o conhecido *Children Act* (1989).

de tais peculiaridades, asseverou-se que a legislação britânica acaba por tratar a gestação de substituição como uma espécie de adoção e não como a forma de reprodução medicamente assistida que, na verdade, é.

A natureza restritiva dos requisitos impostos pela lei para recorrer a tal prática, somada à insegurança trazida aos casais que pretendem recorrer a ela, mormente tendo em conta as variadas hipóteses em que a gestante pode exercer o seu chamado direito de arrependimento e a impossibilidade de que os contratos de sub-rogação gestacional previamente celebrados sejam executados judicialmente em caso de incumprimento, gerou um ambiente fértil para o crescimento do chamado turismo gestacional, muito embora os custos no exterior sejam expressivamente mais elevados do que os verificados no Reino Unido (os quais abarcam tão somente o reembolso das despesas suportadas pela gestante de substituição em razão da gravidez levada a cabo²⁷).

Outrossim, quando voltamos a nossa atenção para esse cenário — aquele em que os beneficiários se deslocam para outros países a fim de celebrar o contrato de gestação de substituição, desejando, *a posteriori*, retornar para o Reino Unido com a criança nascida —, a autora enfatizou que a legislação britânica se encontra totalmente inadequada para tutelar o melhor interesse desta, mormente ao embaraçar o reconhecimento da parentalidade dos beneficiários e, assim, dificultando o seu retorno ao Reino Unido e comprometendo o convívio e harmonia familiares²⁸.

Além disso, Kirsty Horsey também nos presenteou com uma interessante exposição dos resultados de uma pesquisa realizada

²⁷ Não se admite, portanto, a celebração de contratos de gestação de substituição de natureza onerosa (*id est*, que envolvam a obtenção de um qualquer lucro por parte da gestante) — facto que não impede, porém, o reembolso de todas as despesas suportadas pela gestante a propósito da gestação, bem como dos cuidados que lhe são próprios, e tampouco torna ilícito o pagamento a agências e/ou advogados contratados para auxiliar as partes na celebração e execução do contrato pelos eventuais serviços que venham a ser prestados.

²⁸ Tal facto já tinha sido destacado pela autora em escritos anteriores, mormente com recurso à descrição de casos concretos bem elucidativos da inadequação da lei para tutelar o melhor interesse da criança. Cfr. KIRSTY HORSEY, «Fraying at the edges: UK surrogacy law in 2015», *Medical Law Review Oxford*: Oxford University Press. ISSN 0967-0742. 24/4 (2016) 608-621.

entre junho e agosto de 2015, que buscou ouvir atentamente a voz de sujeitos envolvidos em processos de sub-rogação gestacional. Tais resultados revelaram as dificuldades práticas vividas em razão da atual regulamentação da matéria — que, como vimos, está ultrapassada e pouco se adequa à realidade britânica hodierna — e que impõem expressivas alterações à mesma, de modo a salvaguardarem-se os direitos e interesses de todos os intervenientes — dos beneficiários, da gestante e, naturalmente, da criança que vier a nascer²⁹.

E note-se, a autora chegou mesmo a apresentar algumas sugestões para uma futura reforma do sistema em voga, mormente relacionadas com (1) a necessidade de atualização do sistema de atribuição da parentalidade, de modo a permitir-se a atribuição da mesma aos pais intencionais desde o momento do nascimento da criança; (2) a admissibilidade da realização de pagamentos às gestantes de substituição que vão além do mero reembolso das despesas com a gestação; (3) a possibilidade de execução judicial dos contratos de sub-rogação gestacional, exceto quando a mesma não vá de encontro ao melhor interesse da criança.

Por fim, e diante de tão evidente inadequação legislativa, a exponente revelou que há fortes indícios de que a legislação em vigor será, muito em breve, alvo de várias alterações, inaugurando, assim, um novo capítulo na história da gestação de substituição no Reino Unido.

3.2. A Experiência Espanhola

Na Espanha, em contrapartida, vigora uma proibição absoluta da gestação de substituição, criminalizando-se, no capítulo do Código Penal espanhol (CPEsp.) relativo aos “crimes

²⁹ Mais especificamente, a partir da sua análise foi possível verificar, *inter alia*, que: (1) na maioria dos casos, é mantida a relação entre a gestante e os pais intencionais, mesmo depois da transferência da parentalidade da criança daquela para estes; (2) a maioria dos envolvidos em contratos de gestação sub-rogada consideram que os beneficiários deveriam ser considerados legalmente pais da criança no momento do seu nascimento; (3) dos 434 entrevistados, 75,2% considerou que a legislação britânica atual sobre a matéria carece de sérias reformas e atualizações.

contra as relações familiares”, a conduta daqueles que “mediante compensação económica, entreguem a outra pessoa um filho (...) com a finalidade de estabelecer uma relação análoga à da filiação” (artigo 221.º/1 do CPEsp.). Da mesma forma, é também punido aquele que “o receba e o intermediário, ainda que a entrega do menor se tivesse efetuado em país estrangeiro” (n.º 2). Ademais, de um ponto de vista juscivilístico, o contrato de gestação de substituição é considerado nulo de pleno direito e, caso ocorra, a maternidade deve ser atribuída à gestante que deu à luz a criança³⁰.

Diante deste cenário, Alfonso de La Fuente abrilhantou os debates ao elucidar-nos acerca da realidade que permeia o contexto espanhol e os desafios que esta suscita — sobretudo no que toca à modificação da legislação hoje em vigor no país.

Para tanto, começou por apresentar-nos uma definição técnica de gestação de substituição, dos diferentes tipos de maternidade — genética, gestacional e social, que podem estar representadas em uma única pessoa ou, em determinadas situações, em três pessoas diferentes (como acontece, de resto, quando, no âmbito da gestação de substituição, se recorre ao uso de gâmeta feminino doado por pessoa distinta da mulher beneficiária e da gestante) —, e dos distintos tipos de sub-rogação (total — ou gestacional — e parcial). Em seguida, traçou, de forma sintética, o caminho percorrido pela sub-rogação gestacional ao longo da história, focando a sua atenção nas “novidades” trazidas pelo novo milénio, como é o caso da possível extensão dos potenciais beneficiários a casais homossexuais, assim como a homens ou mulheres solteiras.

Além disso, o autor destacou, também, a importância e influência do papel desempenhado pela gestante em todo o processo, manifestando especial preocupação pela observância do necessário cuidado para evitar a sua instrumentalização (preocupação, aliás, expressa por todos os intervenientes do Colóquio)

³⁰ Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, «Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: Voto particular al Informe del Comité de Bioética de España», *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*. País Basco: G.I Cátedra de Derecho y Genoma Humano, ISSN: 1134 – 7198. 46 (Enero-Junio 2017) 38.

e alertando-nos para a natureza delicada da relação desenvolvida entre esta e a criança (uma relação de influências mútuas e a todos os níveis...), tendo em conta a existência de certos fatores epigenéticos e de imunologia que assim o determinam. Por essa razão, é imperativo que aquela não seja vista apenas como um meio para o nascimento desta, mas sim como participante ativa no seu desenvolvimento³¹.

Por fim, Alfonso de La Fuente deixou bem claro que a proibição absoluta da gestação de substituição não tem conseguido impedir que casais espanhóis recorram a ela. Na verdade, vários estudos demonstram que se tem verificado um notável aumento de casos de turismo gestacional e os números têm variado entre os 800 a 1200 casos registados.

Nesse contexto, ainda hoje assume particular relevância uma interessante iniciativa que o expoente nos deu a conhecer no âmbito deste Colóquio Internacional, levada a cabo, em 2015, pelo Grupo de Ética e Boas Práticas da Sociedade Espanhola de Fertilidade (do qual o autor faz parte) em conjunto com alguns membros do Seminário de Investigação Bioética da *Universidad Complutense de Madrid*, e que procurou refletir sobre a utilização da técnica da gestação de substituição de um ponto de vista científico e multidisciplinar, sem adotar pré-posicionamentos favoráveis ou contrários, tendo, assim, editado um conjunto de bases ou condições gerais para dar suporte ao legislador na árdua tarefa de criar adequada regulamentação da matéria, caso ela venha a ser futuramente permitida no ordenamento jurídico espanhol³².

³¹ Também João Loureiro, em escritos anteriores, já tinha alertado para esta circunstância, referindo que o “recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado”, na medida em que a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião. Por outro lado, o próprio embrião também exerce profunda influência sobre a mãe gestatória, quer nos planos biológico, emocional e/ou espiritual, dado “o ADN fetal em circulação materna”. Cfr. João LOUREIRO, «Outro útero é possível: Civilização (da Técnica), Corpo e Procriação — Tópicos de um Roteiro em Torno da Maternidade de Substituição», 1396.

³² As propostas que compõem o referido conjunto de bases foram publicadas em abril de 2016, e estão disponíveis *online* em <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>>, acesso em 02 de agosto de 2018. Das mesmas, vale destacar (1) a desejável natureza excepcional do recurso à gestação de substituição — apenas admitida em casos de impossibilidade biológica ou

IV. Comentários ao Acórdão do Tribunal Constitucional — o Anonimato do Dador de Gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga

Outra das questões que o acórdão do TC analisou de forma detalhada e que constituiu foco da discussão levada a cabo durante o Colóquio Internacional que aqui sumarizamos foi, como já tivemos a oportunidade de aflorar acima, a do “direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso à dádiva de gâmetas de conhecerem a identidade dos dadores e da gestante”.

Quanto a este aspeto em particular, como bem pontuou Rui Moura Ramos, o Tribunal levou a cabo um julgamento distinto daquele que tinha sido feito há 9 anos atrás: recorde-se que no Ac. TC n.º 101/2009, de 3 de Março, o Tribunal Constitucional tinha considerado que o regime-regra do anonimato do dador de gâmetas era “suficientemente balanceado para ser conforme com o direito à historicidade pessoal consagrado na Constituição”³³; agora, entendeu a maioria dos juízes que, face

patológica de conceber filhos; (2) a exclusiva admissibilidade dos contratos de sub-rogação gestacional de natureza gratuita; (3) a exigência de que a escolha da gestante de substituição atenda, sobretudo, a critérios médicos e tenha em conta a sua situação sócio-económica, evitando, a todo o custo, que ela possa ser instrumentalizada ou seja condicionada na sua liberdade de decisão; (4) a necessidade de que a gestante disponha de um seguro de saúde; (5) a exigência de que, para vir a ser admitida como gestante de substituição, além de reunir requisitos atinentes à idade, maturidade e alguns aspectos relacionados à sua saúde, a mulher deva, ainda, já ter algum filho próprio; (6) o carácter livre e totalmente esclarecido do seu consentimento; (7) a exigência de que a celebração do contrato esteja dependente da emissão de parecer favorável por um Comité de Ética e de prévio deferimento judicial, atestador da voluntariedade do ato, antes do início do procedimento clínico; (8) o dever de se conferir às partes liberdade para decidirem quanto ao regime de anonimato que regerá a relação; (9) a criação de um registo de gestantes de substituição; (10) a previsão de que a gestante possa exercer o seu direito de arrependimento desde a transferência do embrião para o seu útero até ao nascimento da criança, sem prejuízo da compensação por eventuais danos morais que cause aos beneficiários; note-se, no entanto, que, após o nascimento da mesma, tal direito não poderá ser exercido; (11) a admissibilidade da existência de agências que auxiliem as partes ao longo do processo, desde que sem fins lucrativos e cuja atuação seja devidamente homologada e controlada pela Administração Pública.

³³ Tenha-se em conta o seguinte excerto do Ac. TC 101/2009, de 3 de Março: “não obstante o dever de sigilo que impende sobre os intervenientes no processo,

à densificação crescente do direito ao conhecimento das origens genéticas³⁴, a nossa Constituição deixou de poder comportar a possibilidade de restrição ao mesmo que se encontrava plasmada no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA. Resulta daí, portanto, a clara condenação do sistema do anonimato do dador e da gestante³⁵. Note-se, não obstante, que, ao contrário do que seria expectável, o Tribunal não limitou temporalmente os efeitos do acórdão nos casos de dádivas que tenham sido feitas durante a vigência do regime do anonimato (isto é, até abril de 2018).

Joaquim de Sousa Ribeiro afirmou, desde logo, que “é difícil ver na dádiva de gâmetas um qualquer ato de progenitor”. Por essa razão, considerou o autor que a criança não ficará especialmente enriquecida, no que à sua identidade pessoal diz respeito, com o conhecimento das circunstâncias do seu nascimento e da identidade do dador do(s) gâmeta(s) a partir do(s) qual(is) foi gerada. Não se pode arguir, portanto, que estamos ante um qualquer tratamento discriminatório das crianças nascidas com recurso a técnicas de PMA face às geradas *naturalmente*: na verdade, o que existe é uma desconformidade entre a verdade subjetivada pelo/a filho/a e a verdade biológica, o que, aliás, é consequência própria das condições do seu nascimento. E essa é, na opinião

essas pessoas podem aceder a todos os dados de informação relativos aos seus antecedentes genéticos e só a informação referente à própria identidade do dador é que está dependente de prévia autorização judicial. No entanto, essa limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, como se deixou entrever, pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária suscetível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos. Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não merece censura constitucional” (p. 39).

³⁴ Vide, por exemplo, Rafael Vale e REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Centro de Direito Biomédico/ FDUUC. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. especialmente, 13-137. ISBN 978-972-32-1582-3.

³⁵ Tenha-se em conta o seguinte excerto do já mencionado Ac. TC n.º 225/2018: “concluiu o Tribunal que, à luz das conceções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição — mas, no caso destas, como regra absoluta —, merece censura constitucional” (p. 95).

do autor, a única forma de vislumbrar a questão, ao menos se se quiser evitar cair num qualquer essencialismo genético.

Além disso, Sousa Ribeiro defendeu que a afetação causada pelo regime do anonimato do dador (tal como se encontrava consagrado no artigo 15.º da LPMA) ao direito à historicidade pessoal da criança deveria ser qualificada de “baixa intensidade”, principalmente tendo em conta o caráter mitigado do nosso sistema, que previa, verificados certos requisitos, a possibilidade de levantamento judicial do anonimato³⁶. A solução afigurava-se, portanto, equilibrada e adequada, sendo de rejeitar, de forma veemente, a decisão do Tribunal de declarar inconstitucional o regime-regra do anonimato do dador em situações de inseminação artificial heteróloga³⁷.

Por sua vez, João Loureiro questionou até que ponto esta querela se afirma como uma exigência constitucional ou como uma mera questão de política legislativa³⁸. Na procura da resposta a esta pergunta, o autor encetou esforços para “trazer para o debate aqueles que não têm rosto entre nós” — as crianças, cujos interesses legítimos nem sempre são devidamente tidos em conta³⁹, tornando-se, não raras vezes, autênticas vítimas. Além disso, lembrou que, na prática, tendo em conta o en-

³⁶ Recorde-se que a LPMA dispunha que “aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes dos respetivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato de PMA”. Além disso, estabelecia-se que “as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádivas de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhe digam respeito, excluindo a identificação do dador”. No entanto, encontrava-se também expressamente prevista a possibilidade de obtenção de informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

³⁷ Note-se, porém, que, nas situações em que se recorra à gestação de substituição, e atendendo ao peso enorme que o direito à historicidade pessoal assume nesse contexto, não parecem haver muitas dúvidas quanto à adequação da solução da abolição do anonimato da gestante.

³⁸ Note-se que o autor já se pronunciou anteriormente sobre o tema em João LOUREIRO, «Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, ISSN 1646-0359. 3/6 (2006) 5-48.

³⁹ Para tal, o autor trouxe à colação um conjunto de estudos, realizados com base na análise psicológica de crianças que foram concebidas através da utilização de procedimentos de PMA heteróloga.

tendimento doutrinal e jurisprudencial extremamente amplo do conceito legal de *razões ponderosas* que poderiam conduzir ao levantamento judicial do anonimato do dador, o mesmo já não era, ao abrigo do regime anterior, absoluto. Por essa razão, pode afirmar-se que todos os dadores de gâmetas estavam ou, pelo menos, deveriam estar conscientes de que, em momento ulterior, a sua identidade poderia vir a ser revelada — tornando-se, deste modo, infundado qualquer receio de que a decisão do TC possa ter afetado, de forma ostensiva, a sua segurança jurídica, mormente tendo em conta a não limitação dos efeitos temporais da mesma quanto a este aspeto em particular. E o autor ousa ir ainda mais longe ao invocar alguns impressionantes progressos científico-tecnológicos atuais, nomeadamente no domínio da genética, que fazem antever que este problema não terá, daqui em diante, fortes repercussões práticas, tendo, por isso, “os seus dias contados”⁴⁰.

Miguel Oliveira da Silva defendeu, durante a sua intervenção, o fim do anonimato do dador de gâmetas por uma questão de respeito elementar pelo direito ao conhecimento das próprias origens da criança que nasceu. Segundo o autor, não há que distinguir entre verdade biológica e verdade afetiva e social — todas as crianças têm o direito intrínseco de saber como foram geradas e com quem partilham a sua informação genética⁴¹. No entanto, note-se que, como bem alertou Margarida Silvestre, mesmo com o fim do regime do anonimato do dador, nada garante que a criança venha a saber como foi concebida e qual a identidade do dador dos gâmetas a partir dos quais foi gerada — é que, bem vistas as coisas, essa informação não consta do seu assento de nascimento ou do seu histórico médico, só podendo esta ter acesso

⁴⁰ Veja-se o caso dos chamados *direct-to-consumer personal genetic tests*, cada vez mais difundidos sob uma bandeira de “autonomia, responsabilização, prevenção, comodidade e confidencialidade”. Para mais informações, cfr., por exemplo, Laurence PERBAL, «Une Carte d’identité génétique pour demain?». *Comptes Rendus Biologies*, Bélgica: Elsevier. ISSN 1631-0691. 338 (2015) 548.

⁴¹ Apesar disso, defendeu o autor que todas as pessoas que, de boa fé, doaram gâmetas até abril de 2018 devem ver garantida a confidencialidade dos dados que as identifiquem. A este propósito, Margarida Silvestre sugeriu, de forma inovadora, a criação de um regime que permita às pessoas que se encontrem em tal situação a possibilidade de escolherem se, futuramente, continuam ou não abrangidas pelo regime do anonimato.

a ela por revelação dos pais ou de terceiros, quando tal seja demonstrado através da realização de testes genéticos ou quando esta pa-deça de certas doenças que excluam a possibilidade de aqueles que ela apelida de “pais” sejam seus progenitores biológicos.

Por fim, e enriquecendo consideravelmente o Colóquio com a sua visão prática, própria de quem, há vários anos, leva a cabo a sua atividade profissional na área da reprodução medica-mente assistida, Margarida Silvestre alertou para o facto de que o acórdão do Tribunal Constitucional, na parte relativa à quebra do anonimato dos dadores de gâmetas na PMA heteróloga, le-vantou sérias preocupações quer para os profissionais de saúde, quer para os pacientes⁴². Por exemplo, veja-se:

(1) Anteriormente à decisão do TC, na prática, o anonimato era praticamente absoluto, na medida em que nunca houve ne-cessidade de excepcionar esta regra, determinando-se o levanta-mento judicial do mesmo. Ora, no recente acórdão que, *hic et nunc*, vimos analisando, e como já foi referido *supra*, o Tribunal Constitucional, além de ter declarado inconstitucional o (até aí) regime-regra do anonimato, apenas ressaltou dos efeitos tempo-rais da decisão as situações em que os contratos de gestação de substituição já se encontravam em fase de execução, não tendo sido feita qualquer referência aos tratamentos com doação de gâmetas. Por essa razão, questionou a autora se os beneficiários que já tenham, ao abrigo do regime anterior, obtido gâmetas para a realização dos tratamentos de PMA, poderão concretizá-los no âmbito de um regime transitório? E, se sim, quando será previsivelmente criado esse regime?

(2) Além disso, questionou-se se, caso os dadores nacionais aceitem doar de forma não anónima e os beneficiários também estiverem interessados em receber os gâmetas nessas condições, será necessário aguardar pela nova lei ou é possível, de imediato, proceder-se aos tratamentos respetivos?

⁴² A autora apresentou evidência de que, em ordenamentos jurídicos onde se quebrou a regra do anonimato, se verificou, numa primeira fase, um decréscimo drástico do número de dadores. No entanto, passado algum tempo, os valores tendiam a equilibrar-se. Alguns estudos mostram também que muitos dos casais que não querem recorrer à doação de gâmetas não anónima optam por sair do país para a realização dos tratamentos de PMA.

(3) E quanto aos casais que fizeram tratamentos de PMA com recurso a dador anónimo, já dispondo de embriões criopreservados e tendo a intenção de os transferir para o útero materno? Será que estes embriões, produzidos em regime distinto do atual, devem ser destruídos? Margarida Silvestre rejeita essa possibilidade e defende que é imperativo que se aplique um regime transitório razoável e conciliador.

(4) A mesma pergunta se pode fazer em relação a casais que disponham de embriões criopreservados próprios, mas que desistem do seu projeto parental, dando indicações expressas para que estes sejam doados a outros casais. O que se deve fazer com esses embriões no âmbito de um regime que, entretanto, será alterado pelo legislador?

(5) É ainda impressionante notar que, em Portugal, existem cerca de 6300 embriões criopreservados com recurso a gâmetas de dadores estrangeiros, quase na sua totalidade anónimos. O que faremos com eles?

Estes são apenas alguns dos exemplos de questões que carecem de uma resposta rápida e efetiva, que termine com as incertezas e bloqueios à concretização prática dos projetos parentais de milhares de pessoas no nosso país.

V. Conclusão

Após os densos e enriquecedores debates do dia, não nos é possível retirar outra conclusão senão a de que este Colóquio Internacional conseguiu ir além daquilo a que se propôs.

Por um lado, fomos, sucessivamente, brindados com valiosíssimas reflexões em torno da gestação de substituição, principalmente à luz do acórdão recentemente emanado pelo Tribunal Constitucional, permitindo-nos perceber que a mesma, além de se situar numa fronteira técnica, se encontra localizada numa delicada e ténue fronteira ético-jurídica. A tarefa hercúlea de procurar meios de harmonizar os direitos e interesses em conflito de todos os envolvidos — quer os da gestante, dos beneficiários e da criança — impõe o debate, que se quer sério, rico e multi-

disciplinar. E, para nós, está claro que este Colóquio colocou à disposição do legislador, da comunidade académica e da sociedade civil em geral um arcabouço indispensável de reflexões e sugestões suscetíveis de orientar o futuro da regulamentação da gestação de substituição em Portugal.

Por outro lado, discutiu-se a polémica decisão do Tribunal de terminar com a regra do anonimato dos dadores de gâmetas no âmbito da PMA heteróloga. Quanto a este ponto, a discussão, além de rica quanto aos argumentos mobilizados contra ou a favor da solução, permitiu elucidar a plateia de todos os desafios que, na prática, se passaram a colocar e que carecem de respostas urgentes por parte do legislador parlamentar.

De toda sorte, restou clara a imperiosa necessidade de que as futuras alterações à Lei de Procriação Medicamente Assistida sejam realizadas a partir de um modelo *bottom-up*, com base num cuidado debate científico, bioético, jurídico e político e com ampla participação de várias faculdades, sociedades científicas e outros *stake-holders*⁴³.

Em tom de finalização, cabe-nos agradecer, mais uma vez, a confiança que nos foi depositada para levar a cabo a desafiante e enriquecedora tarefa de proceder às considerações finais deste Colóquio e manifestar a nossa esperança de que, em tempos de vendaval legislativo, os ventos legiferantes vindouros se revelem, se não mais consensuais, ao menos mais conciliadores e garantidores dos vários direitos e liberdades em jogo. Afinal de contas, “todo Homem precisa de uma mãe”⁴⁴.

⁴³ A presente reflexão, embora subentendida em todas as intervenções, foi levada a cabo por Miguel Oliveira da Silva. Esta e outras reflexões do autor, mais especificamente sobre a questão da gestação de substituição, podem ser encontradas em Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer: para um debate de cidadãos*. [Lisboa]: Caminho, 2017, 272, ISBN 978-972-21-2875-9.

⁴⁴ O presente verso foi retirado da música “Todo Homem”, escrita e interpretada por Caetano Veloso, Zeca Veloso e Moreno Veloso, 2017.

Bibliografia utilizada

- GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF, *Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación de Sustitución*, abril, 2016. Documento disponível *online* em <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>>, acesso em 02 de agosto de 2018.
- HORSEY, Kirsty, «Fraying at the edges: UK surrogacy law in 2015», *Medical Law Review*. Oxford: Oxford University Press. ISSN 0967-0742. 24/4 (2016).
- / CHELDON, Sally, «Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy». *Medical Law Review*. Oxford: Oxford University Press, ISSN 0967-0742. 20/1 (2012) 67-89.
- LOUREIRO, João, «Outro útero é possível: Civilização (da Técnica), Corpo e Procriação — Tópicos de um Roteiro em Torno da Maternidade de Substituição», in Manuel da Costa ANDRADE *et al.*, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2124-4.
- «Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga». *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, ISSN 1646-0359. 3/6 (2006).
- MONIZ, Ana Raquel, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. ISBN 978-989-26-1383-3.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. ISBN 972-32-0614-5.
- PERBAL, Laurence, «Une Carte d'identité génétique pour demain?». *Comptes Rendus Biologies*, Bélgica, 338 (2015).
- RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade — O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5194-9.
- REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Centro de Direito Biomédico/ FDUC. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, «Aspectos éticos y jurídicos de la maternidade subrogada: Voto particular al Informe del Comité de Bioética de España». *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, País Basco: G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 46 (Enero-Junio 2017).
- SILVA, Miguel Oliveira da, *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer: para um debate de cidadãos*. [Lisboa]: Caminho, 2017, ISBN 978-972-21-2875-9.

ACÓRDÃO N.º 225/2018

Processo n.º 95/17 Plenário

Relator: Conselheiro Pedro Machete

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República veio requerer, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos seguintes preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida — “LPMA”), na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto:

- a) Artigo 8.º, sob a epígrafe «*Gestação de substituição*», n.ºs 1 a 12, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição); e, consequentemente, «das normas ou de parte das normas» da LPMA que se refiram à gestação de substituição (artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b));
- b) Artigo 15.º, sob a epígrafe «*Confidencialidade*», n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição);
- c) Artigo 20.º, sob a epígrafe «*Determinação da parentalidade*», n.º 3, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da

pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Na sequência de uma análise das principais modificações introduzidas na LPMA, respetivamente, pela Lei n.º 17/2016 (em matéria de procriação medicamente assistida) e pela Lei n.º 25/2016 (em matéria de gestação de substituição), os requerentes começam por alinhar um conjunto de reflexões sobre o sentido e alcance das mesmas:

«A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 11-11-1997, do Comité Internacional de Bioética da UNESCO, dispõe no seu artigo 1.º que o “*genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico constitui património da Humanidade*”.

A única referência expressa da Constituição da República Portuguesa à *procriação medicamente assistida* consta da alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º (*[i]ncumbe ao Estado (...) regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*»), preceito introduzido no texto constitucional pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, que impõe ao Estado a obrigação de regulamentação da procriação medicamente assistida, vinculada a uma referência normativa que o legislador ordinário deverá observar, regulando a matéria na estrita obediência ao valor da salvaguarda da dignidade da pessoa humana:

“*Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º). Sem ignorar, nesse plano, que no universo subjetivo de proteção da norma estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.*” [Acórdão n.º 101/2009]

Fazendo eco desta perspetiva da questão, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) alerta para o facto de que “... *A decisão sobre a utilização de técnicas de PMA deve estar subordinada ao primado do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas (Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina). No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração*” [Parecer n.º 87/CNECV/2016].

Ora, esta alteração legislativa trouxe, na verdade, uma «mudança de paradigma da utilização das técnicas da PMA» — palavras do CNECV —, pois deslocou o foco de toda a proteção exclusivamente para a mulher, desconsiderando aquele conjunto de

direitos que constitui o mais importante valor a salvaguardar, e em relação aos quais o Estado tem um particular dever de proteção: os direitos da criança.

Se o direito a constituir família e a ter filhos é constitucionalmente protegido, também o é o direito a conhecer-se cabalmente a sua identidade — também a genética — e, entre um e outro, deverá ser o primeiro a ceder, e não o contrário, como sucede nesta lei.

Assistimos, pois, a uma substituição do *princípio da subsidiariedade* — perfeitamente atendível, delimitado e proporcional nas condições até aqui estipuladas — pelo *princípio da complementaridade*, o que se pode constatar, principalmente, nas seguintes alterações:

- O *princípio da beneficência* é substituído pelo *princípio da igualdade perante a lei* (*apenas para alguns, naturalmente, já que todos poderão ter o direito a ter filhos mas nem todas as crianças terão o direito constitucionalmente consagrado a conhecer a sua identidade pessoal e genética*);
- A PMA deixa de ser regulamentada como um *método subsidiário* e passa a ser um *método alternativo*;
- O acesso à PMA deixa de ser uma *forma de tratamento*, em contexto de infertilidade ou doença grave, para passar a ser considerado um *direito* reprodutivo de toda e qualquer mulher que o deseje, porque lhe apetece, independentemente do estado civil;
- Deixa de se privilegiar a correspondência entre a *progenitura social* e a *progenitura biológica*, consagrando-se uma solução jurídica que favorece, de forma desproporcional, a primeira.

E é precisamente isto, o centrar da PMA na mulher e num único progenitor, que deixa a descoberto a necessidade de maior atenção aos direitos da criança que vai nascer.

Ou seja, e dito de outra forma, subscrevemos as afirmações da Conselheira RITA LOBO XAVIER, no já citado Parecer do CNECV: “[T]ambém não considero ser eticamente aceitável fazer prevalecer totalmente o interesse da mulher beneficiária das técnicas de PMA sobre os direitos do/a filho/a que virá a nascer, designadamente, no caso da possibilidade de inseminação post mortem” (...).

Já no que se refere à *gestação de substituição* no Parecer n.º 63/CNECV/2012, o CNECV deixou claras quais as condições que considerava deverem constar da lei que passasse a prever o recurso a esta técnica, que, por considerarmos relevantes, passamos a enunciar:

1. A gestante de substituição e o casal beneficiário estarem cabalmente informados e esclarecidos, entre outros elementos igualmente necessários, sobre o significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética), constando tal esclarecimento detalhado no consentimento informado escrito, assinado atempadamente;
2. O consentimento poder ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Neste caso, a criança deverá ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz;
3. O contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição dever incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doença fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez;

4. A gestante de substituição e o casal beneficiário deverem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada;
5. A gestante de substituição não dever ser simultaneamente dadora de ovócitos na gestação em causa;
6. A gestante de substituição ter de ser saudável;
7. As motivações altruístas da gestante de substituição deverem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA;
8. Quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação (a nível fetal ou materno) serem decididas exclusivamente pela gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde;
9. Caber ao casal beneficiário, em conjunto com a gestante de substituição, decidir a forma de amamentação (devendo, em caso de conflito, prevalecer a opção do casal beneficiário);
10. Ser legalmente inaceitável a existência de uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas na gestação de substituição
11. O contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não poder impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão, vida sexual);
12. O embrião transferido para a gestante de substituição ter como progenitores gaméticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário;
13. A lei sobre esta matéria e sua regulação complementar serem obrigatoriamente reavaliadas três anos após a respetiva entrada em vigor.

No Parecer 87/CNEVC/2016, contudo, o CNEVC não considerou que a iniciativa que lhe foi presente reunisse as referidas condições mínimas que, em seu entender, permitem revogar a proibição da gestação de substituição.

Com efeito, e em sede de enquadramento ético da gestação de substituição, o CNEVC chamou a atenção para o facto de, residindo a diferença fundamental entre a gestação de substituição e as demais técnicas de procriação na utilização do corpo de outra mulher que não a beneficiária, ainda subsistirem interrogações éticas ao nível 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*» [Parecer n.º 87/ CNEVC/2016].

As preocupações do CNEVC condensam-se nas seguintes interrogações:

- O contrato de gestação de substituição articula-se adequadamente com os direitos da mulher gestante, nomeadamente, precavendo-a da possibilidade de exploração da mesma?
- O contrato de gestação de substituição protege adequadamente os direitos da criança que vier a nascer, num contexto reprodutivo novo, no que respeita à construção da personalidade da criança?
- É aceitável que a lei imponha o cumprimento de um contrato que representa o corte com o vínculo biológico e afetivo que se consolida durante o desenvolvimento intrauterino da criança, que a ciência já demonstrou ser imprescindível a um adequado e saudável processo de crescimento e de desenvolvimento bio/psico/social da mesma?

- É ética e moralmente aceitável que a lei nada disponha sobre a relação de filiação desta criança em caso de incumprimento das condições do contrato, remetendo toda essa problemática para o regime geral da nulidade do contrato? Será esta matéria passível de ser legislada noutra instrumento legal que não este?

Em consequência destas e de outras dúvidas, acabou o CNEVC por concluir que as iniciativas legislativas que viriam a dar origem à Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, além de não salvaguardarem adequadamente os direitos da criança a nascer nem os da mulher gestante, não previam igualmente um adequado enquadramento do contrato de gest[ação]. Além disso, não asseguravam o cumprimento das condições 1.^a, 2.^a, 3.^a, 8.^a e 11.^a, definidas no Parecer 63/CNEVC/2012.

É certo que, na sequência da devolução do Decreto à Assembleia da República pelo Senhor Presidente da República, cuja mensagem remetia precisamente para as dúvidas suscitadas neste Parecer, foram-lhe introduzidas alterações, que em nosso entender, de resto, continuam a não dar uma resposta cabal às observações do CNEVC — nem a lei o faz, nem a regulamentação que ainda se aguarda o poderá fazer, porque muitas delas são pura e simplesmente impossíveis de atender e as múltiplas dúvidas e questões que ainda se colocam não têm uma resposta exata, inequívoca e cientificamente comprovada, tal como o exige a defesa do superior interesse da criança e o primado da dignidade humana.»

Seguidamente, os requerentes enunciam os fundamentos que, em seu entender, justificam um juízo positivo de inconstitucionalidade sobre as normas indicadas no pedido:

«Da violação do direito à identidade pessoal donde decorre um direito ao conhecimento da sua ascendência genética

De acordo com o disposto na lei (*vide* artigo 15.º, com a epígrafe “confidencialidade”) é assegurado o anonimato a todos os terceiros dadores de material genético com vista a possibilitar a fecundação da mulher. A regra é, pois, a da não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que sobrevivam razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (*vide* artigo 15.º, n.º 4).

Do ponto de vista jurídico-constitucional, estamos, portanto, perante um conflito de direitos fundamentais. Por um lado, o direito de pessoa nascida de PMA à sua identidade pessoal, donde decorre um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (art.ºs 26.º/ 1 e 3 da CRP) e, por outro lado, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos respetivamente nos art.ºs 36.º/1 e 26.º/1 da CRP).

Atento ao disposto na Constituição da República Portuguesa, o direito à identidade pessoal enquanto direito pessoal consiste no seguinte:

“V — A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto entidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é. O direito

à identidade pessoal liga-se, ainda, à proibição da discriminação do artigo 13.º, n.º 2 da Constituição, pois as características aí identificadas são, na sua generalidade, constitutivas da identidade pessoal.

VI — *A identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal, (...)* — JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª Ed. (maio 2010), Tomo I, p. 609.

Também enquanto direito de personalidade, mas num enfoque mais socializante, outros autores consideram o direito à identidade pessoal como um *direito à historicidade pessoal* que se traduz designadamente num direito ao conhecimento da identidade dos progenitores:

“O direito à historicidade pessoal designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores (cfr. Ac. TC n.º 157/05), podendo fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, mesmo em alguns casos em que, prima facie, a lei parece estabelecer a preclusão do direito de acionar nas ações de investigação de paternidade (cfr. Acs TC n.ºs 456/03, 525/03 e 486/04). Problemático é saber se isso implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, o que levanta dificuldades no caso do regime tradicional da adoção e também, mais recentemente, nos casos de inseminação artificial heteróloga e nos casos das «mães de aluguer». Neste sentido, o direito à identidade pessoal postularia mesmo o direito à identidade genética como seu substituto” — GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4.ª Ed. (2007), Vol. I, p. 463.

Desta forma, o direito à identidade abrange a historicidade pessoal, facultando-se ao titular o direito ao conhecimento das circunstâncias em que foi gerado e das pessoas que determinaram biologicamente a sua existência.

A proteção da personalidade exige que o direito tutele o direito à verdade, o direito ao conhecimento das origens genéticas, de modo a que, em última instância, seja preservada a própria identidade pessoal do ser humano.

Podemos assim afirmar — v. FÁTIMA GALANTE, *A adoção: identidade pessoal e genética*, Verbo Jurídico, p. 18 — que *“... no conteúdo do direito ao conhecimento das origens genéticas deve integrar-se a faculdade, em princípio reconhecida a todo o indivíduo, de investigar judicialmente a maternidade e a paternidade, com o objetivo de lograr a coincidência entre vínculos jurídicos e biológicos. O reconhecimento desta faculdade não pode deixar de considerar-se como o ponto fulcral da tutela conferida ao direito, na medida em que a sua efetivação permite ao sujeito, não só aceder à identidade dos progenitores como retira dessa informação todos os efeitos que o ordenamento jurídico determina serem decorrentes da relação de filiação. O direito ao conhecimento das origens genéticas imporá, assim, ao legislador ordinário a consagração de soluções que não constituam entraves exagerados a essa investigação, apontando para um princípio de imprescritibilidade do direito a investigar, tendência, aliás, generalizada nos ordenamentos jurídicos próximos do nosso”* (sublinhados no original e sublinhados nossos).

No mesmo sentido, concretamente no que diz respeito à PMA, referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS que *“(A) solução legal que permite a revelação da identidade do dador quando se verificarem ‘razões ponderosas’ deverá, em qualquer caso, merecer uma interpretação conforme ao direito ao conhecimento das origens genéticas, não podendo legitimar leituras excessivas e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação da identidade do dador ou dadora (...)*”.

Ora, o direito ao conhecimento das origens genéticas assume considerável importância no que concerne à PMA de cariz heterólogo — ou seja, com gâmetas de terceiros — e assume-o preponderantemente nesta lei, uma vez que a inseminação heteróloga passa a ter um campo de aplicação muito mais alargado, precisamente porque deixa de ter um carácter subsidiário, para passar a ser um método alternativo de procriação, como facilmente se depreende do disposto nos artigos 4.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1.

A questão que se coloca é então a de saber, não se é constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade. Está em jogo o peso relativo que o direito à identidade pessoal merece e a importância que a lei lhe dá no regime que institui *vis a vis* o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar. Importa, pois, perceber se as restrições que se consagram respeitam, ou não, o princípio da proporcionalidade, tal como decorre do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

Dito isto, não se ignora que a lei da PMA não estabelece uma proibição absoluta de revelação da identidade dos dadores, mas apenas uma regra que *prima facie* admite exceções — v. art.º 15.º/4. Tal como também não se ignora que, em 2009, através do Acórdão n.º 101/2009, o Tribunal Constitucional, instado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade material destas mesmas normas, ou seja, o artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, conjugado com as normas constantes do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, decidiu no sentido da não inconstitucionalidade, considerando que a opção do legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, é inteiramente justificada face à necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, como seja o direito a constituir família e a decorrente necessidade de preservação da paz e da intimidade familiar.

Os signatários do pedido consideram que a “mudança de paradigma” trazida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, bem como o alargamento do regime à “gestação de substituição” aprovado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxeram indubitavelmente uma nova atualidade e premência à questão do conhecimento da identidade genética das crianças geradas por via de PMA, nomeadamente, por via de inseminação heteróloga, não só pela universalidade — no limite, todos podem nascer por recurso a tais técnicas — mas também pela imperatividade e clareza do preceito constitucional, grosseiramente violado e genericamente afastado pela lei.

No caso da “gestação de substituição”, há, inclusivamente, uma situação que, face aos direitos e interesses em jogo, não pode deixar de se apontar, configurando mais um aspeto que em nosso entender sustenta a tese da inconstitucionalidade por violação do direito à identidade, da dignidade da pessoa humana e da proteção da infância. De facto, se no que se refere aos dadores, a lei lhes confere particular atenção, consagrando um regime mitigado de anonimato nos termos do disposto no artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, no que se refere à “gestante de substituição”, a lei não confere idêntico tratamento, porquanto a regra do sigilo e do anonimato prevista no n.º 1 é, neste caso, absoluta, não admitindo qualquer exceção. Com efeito, não abrangendo o n.º 4 do artigo 15.º a identidade da “gestante de substituição”, mas apenas a dos dadores, cujo enquadramento, balizado no artigo 10.º, se afasta destas situações, estamos evidentemente perante uma proibição absoluta do acesso à identidade de todas as mulheres que assumam o papel de gestantes de substituição, o que viola flagrantemente os direitos à identidade pessoal e identidade genética, previstos nos n.ºs

1 e 3 do artigo 26.º da CRP, e se revela uma solução profundamente desproporcional e desadequada, o que afronta o número 2 do artigo 18.º da CRP.

Ora, conforme bem refere FÁTIMA GALANTE, pelas mesmas razões e fundamentos, não pode negar-se o direito do filho a conhecer a identidade da mãe portadora nos casos de gestão de substituição, ou seja, não tendo a mulher portadora fornecido o ovócito utilizado, afigura-se de admitir, autonomamente, a concessão ao indivíduo gerado da faculdade de obter informação não apenas em relação aos dadores (sobretudo tratando-se de terceiros), mas também, e considerando a importância da relação que a mulher estabelece com o feto durante os nove meses de gravidez, respeitante à identidade da mulher portadora.

A este respeito refere ANTUNES VARELA: “...entre a mulher que amadurece no seu útero o ovócito fornecido por uma outra mulher e a criança que nasce do seu ventre há um elemento real de importância capital na relação de filiação, que é a vida intrauterina do embrião, a ligação intensa permanente entre o ser que se forma e o corpo humano que dentro das suas entranhas lhe dá vida”.

O direito ao conhecimento do património e identidade genéticos não configura um enfraquecimento na defesa do direito à intimidade e à reserva da vida privada. Estamos perante direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, com igual dignidade e idêntico valor normativo, impondo-se, nesta linha de raciocínio, avaliar, à luz do disposto no artigo 18.º, a constitucionalidade das restrições.

Se o disposto no artigo 8.º, conjugado com o artigo 15.º, não oferece margens para dúvidas quanto à violação dos ditames constitucionais relativamente à salvaguarda do direito à identidade (estamos perante uma proibição absoluta de conhecimento da identidade da mulher portadora), já o regime mitigado de anonimato dos dadores impõe mais algumas considerações, particularmente tendo em conta o argumentário jurídico-constitucional do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009.

O direito ao conhecimento da origem genética faz parte da identidade da pessoa nascida destas técnicas, da sua personalidade, da sua historicidade pessoal, independentemente da ausência de relação de afetividade.

Diz STELA BARBAS, o ser humano “.... tem direito à identidade genómica. Não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas”.

Ao permitir-se — ou permitir-se prioritariamente — ao filho o *direito de conhecer e saber a sua verdadeira identidade genética e biológica*, tal não constitui uma diminuição ou discriminação da filiação jurídica nem de quaisquer outros direitos a ela inerentes: o reconhecimento da origem genética ou biológica não contende com a filiação havida, pelo que não implica qualquer direito ou dever paterno ou materno relativamente àquele cuja origem se investiga. Efetivamente, respeita-se e salvaguarda-se de forma equilibrada, no estrito cumprimento das diretrizes constitucionais, os vários direitos fundamentais em tensão.

Estamos a falar de um mero conhecimento, é certo, mas de um conhecimento fundamental de modo a que a ninguém seja vedada a possibilidade de conhecer a própria história e reafirmar a sua individualidade.

Refletindo, agora, sobre o *direito a constituir família e à intimidade da esfera pessoal*, comungam os requerentes da opinião do Conselheiro BENJAMIM RODRIGUES, particularmente relevante em matéria de “gestação de substituição”, quando diz que “se não existem dúvidas que a Constituição reconhece o direito de ter filhos a quem os pode gerar (artigo 68.º), não vemos que ela reconheça qualquer direito fundamental

o quem só os possa obter através da doação de terceiros, dado que não se trata de uma prestação que o Estado possa reclamar de terceiros ou satisfazer diretamente” [declaração anexa ao Acórdão n.º 101/2009].

Mais, “... se é certo que a realização dos projetos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a proteção da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer, privando-a de um conhecimento essencial de verdade do seu ser”.

Especificamente quanto ao direito da intimidade da esfera pessoal — estando em causa o dador ou mesmo a “gestante de substituição” —, igualmente se acompanha no pedido a opinião do Conselheiro BENJAMIM RODRIGUES quando diz que “não constituindo o objeto de proteção um comportamento cujos efeitos se esgotem dentro da esfera da pessoa do dador, bem como da mulher portadora, antes se traduzindo e manifestando na geração de outra pessoa, com direitos autónomos, conclui-se que esse direito não deve poder restringir os direitos já referidos dessa outra pessoa”.

A jurisprudência nacional, acompanhando o movimento científico e doutrinário, nacional e internacional, mostra-se cada vez mais consciente da importância e reforço do direito a conhecer a identidade genética, enquanto parte do direito à identidade.

Mais, as recentes alterações à Lei da Adoção consagram exatamente este entendimento. Senão, vejamos:

- Na versão do artigo 1985.º do Código Civil, posterior à reforma de 1977, previa-se o segredo da identidade do adotante como uma medida destinada a proteger a família adotiva de eventuais extorsões por parte dos pais biológicos; a iniciativa do pedido de segredo cabia ao próprio adotante, e era restrita aos casos em que o menor fosse judicialmente declarado abandonado; quanto ao segredo dos pais biológicos e o seu direito ao anonimato, o mesmo não era garantido pela lei;
- Com as alterações ao regime da adoção pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 23 de maio, o segredo da identidade do adotante tornou-se o regime regra, ao passo que o segredo da identidade dos pais biológicos apenas se aplica mediante declaração expressa daqueles nesse sentido;
- Com o atual regime jurídico do processo de adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, passa a ser assegurado o acesso ao conhecimento das origens ao adotado com 16 anos ou mais de idade que manifeste essa vontade (com a autorização dos pais ou legal representante, enquanto for menor); e tal acesso é assegurado através de processo administrativo, só havendo lugar a intervenção de uma autoridade judiciária (Mº Pº) quando se trate de circunstâncias excecionais e de motivos ponderosos.

Importa ainda referir que uma Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de março de 1989, concretizando o direito ao conhecimento das origens genéticas, *veio determinar aos Estados o respeito pelo direito da pessoa gerada com recurso a essas técnicas a conhecer a sua origem genética, nos mesmos termos em que tal direito do adotado seja tutelado.*

A exigência de recurso ao tribunal para efetivar o conteúdo essencial do direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de pessoa nascida de PMA, bem como de “razões ponderosas” para a concessão de tutela constitucional,

são manifestamente desproporcionais quando confrontadas com os restantes direitos fundamentais em causa.

Por tudo quanto foi dito anteriormente, muito em particular o alargamento da possibilidade de aplicação de técnicas de PMA e a alteração do modelo subsidiário até agora vigente, parece aos requerentes por demais evidente a natureza excessiva da restrição imposta no artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, ao arrepio da regra da proporcionalidade constante do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, e a consequente violação do direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, da dignidade da pessoa humana e, não menos relevante, do superior interesse da criança, em relação ao qual o Estado tem um particular dever de proteção, como decorre do artigo 69.º da CRP.

Violação do princípio da igualdade

Atento o supra exposto a respeito do direito ao conhecimento da identidade genética, consideram os subscritores que, por essa via, é também violado o princípio da igualdade perante a lei, porquanto só uma parte da população portuguesa — a que não nasça por recurso a técnicas de PMA — tem direito ao conhecimento da sua identidade genética, dele ficando excluídos os que assim nasçam. É certo que, por razões de conhecimento de eventual impedimento matrimonial, e se o doador o consentir, ou por razões ponderosas reconhecidas mediante decisão judicial, a identidade genética do doador pode vir a ser revelada. Mas não há um direito universal a esse conhecimento, direito que apenas é reconhecido a quem não nasça por recurso a técnicas de PMA, que, recorde-se, passou a ser possível para toda e qualquer pessoa que a elas queira recorrer

Ora, o princípio da igualdade e da não discriminação constante do artigo 13.º da CRP não se compadece com tais restrições, e muito menos pode ser aplicado de forma casuística. Pelo que, sem mais considerações porque desnecessárias, consideram os signatários que os referidos artigos da Lei n.º 32/2006 contendem com os ditames do princípio da igualdade, que assim se mostra ofendido.

E isto para já não falar da incoerência do ordenamento jurídico português na matéria — além da violação flagrante do princípio da igualdade —, não se percebe por que razão se permite aos adotados conhecer as suas origens e aos nascidos por recurso a técnicas de PMA não. Não há uma razão atendível que o justifique e adensa-se a discriminação a que são votadas as pessoas que nasçam por recurso a técnicas de PMA.

Violação do primado da dignidade da pessoa humana e do dever estadual de proteção da infância

A evolução das ciências e da biotecnologia, nas últimas décadas, tem sido exponencial, trazendo consigo enormes impactos sobre a sociedade e, em particular, a instituição da família. Assistimos, pois, a mudanças profundas cujas potencialidades colocam o direito perante o difícil desafio da ponderação e imposição de limites em nome não apenas de uma noção de ordem, mas também de humanidade.

Num mundo profundamente individualista, no contexto do qual facilmente se reconhece uma conceção cada vez mais utilitária e hedonista do ser humano diante da ciência e da medicina, é fundamental lembrar que a evolução científica não decorre de um mero interesse individual e egoísta, mas sim, de um interesse público dirigido a criar melhores condições para toda humanidade.

Não se procura com isto refrear os avanços alcançados, os quais também são conquistas da humanidade, mas simplesmente garantir que o ímpeto da descoberta e do ultrapassar das barreiras não se divorcia de uma concreta ponderação de valores que, na sua dimensão individual e coletiva, constituem a essência do ser humano.

O contrato através do qual a mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem, e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e direitos próprios da maternidade, não existia na ordem jurídica portuguesa até à entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

A gestação de substituição é um método de procriação que oscila, nos vários ordenamentos jurídicos, entre a proibição absoluta e a permissão sem restrições. Entre nós, atualmente, o modelo resultante da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é o equivalente a uma posição intermédia: é admitida, em termos excecionais, com base na comprovação de razões clínicas e de saúde.

Uma das críticas recorrentes à gestação de substituição é a de que estamos perante uma verdadeira mercantilização do ser humano: a criança passa a ser objeto de um negócio jurídico e a mãe gestante converte-se numa mera incubadora ao serviço dos beneficiários. Um processo de coisificação que, independentemente da natureza onerosa ou gratuita do mesmo, traz indubitavelmente à colação o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no que refere à gestante de substituição, seja no que se refere à criança.

Reconhecemos que, num mundo — e país — onde os casos de infertilidade aumentam, a maternidade de substituição é apresentada como mais um método de procriação medicamente assistida, dirigido a tratamentos de infertilidade e que, nesta excecionalidade, visa, no limite, permitir que os beneficiários realizem o projeto de ter filhos e a gestante de substituição satisfaça um louvável espírito altruísta e de solidariedade.

Todavia, a realidade é, na grande maioria das vezes outra.

É um facto conhecido que a maior parte das «barrigas de aluguer» — expressão comumente usada e cujo sentido pejorativo reflete a inadmissível e infeliz realidade mundial subjacente — se encontram nos países mais pobres, onde o aluguer do ventre constitui mais uma forma de subsistência da mulher e da sua família. Por seu lado, nos antípodas dessas geografias, empresas sedeadas em países ricos e desenvolvidos asseguram, mediante o pagamento de elevadas quantias, a supervisão rigorosa das condições de alimentação e saúde das gestantes, e até a eventualidade de realização de aborto quando não houver satisfação com o produto final. A única ética que se respeita é a ética do mercado.

E mesmo naqueles países onde os negócios onerosos de gestação de substituição são proibidos, as mulheres podem ser coagidas a aceitar, nomeadamente através de pressões emocionais, ou mesmo de ameaças ou promessas relativamente ao trabalho ou à família. No que se refere à situação socioeconómica, não é despidendo referir que os pais beneficiários são normalmente mais velhos, mais ricos e com mais instrução do que as gestantes de substituição, o que igualmente contribui para o risco de coação. Ou seja, mesmo quando as mulheres portadoras não são pagas, a verdade é que podem receber uma compensação, que é, por vezes, tão elevada que se torna impossível recusar.

A gestação de substituição é uma atividade em ascensão em muitos países, sendo cada vez mais numerosas as agências que, neste contexto, lucram tanto com o sofrimento dos casais inférteis, como com a vulnerabilidade de muitas mulheres. De facto, cobram-se valores elevadíssimos para selecionar as mães de substituição e, se necessário, os dadores, colocando-se em prática processos de recrutamento altamente intrusivos, onde a coisificação da mulher e da criança são ainda mais evidentes.

Ao legalizar a “gestação de substituição”, e tendo em conta os direitos das pessoas envolvidas — pessoas intervenientes nos processos de PMA e pessoas nascidas

na sequência da aplicação das correspondentes técnicas — o legislador nacional não pode desconsiderar as experiências estrangeiras, tal como não pode desconsiderar as potenciais complicações sociais, psicológicas e jurídicas, que aumentam exponencialmente tendo desde logo em conta o número de pessoas — seis — que podem, no limite, reclamar direitos de parentalidade: i) a dadora do óvulo; ii) a gestante de substituição; iii) a beneficiária; iv) o dador do espermatozoide; v) o marido da gestante (sujeito simplesmente ignorado na presente lei e cujo consentimento é fundamental atendendo à presunção de paternidade); e vi) o beneficiário.

Centrando a nossa atenção na gestante de substituição, a mãe biológica, a sua instrumentalização ao serviço de um desejo a ter filhos, é por demais evidente, praticamente desaparecendo enquanto sujeito de direitos.

Há pouca investigação relativamente aos efeitos psicológicos de longo prazo da gestação de substituição, pelo que permanece desconhecido como o afastamento emocional e a indiferença afeta a mulher gestante, sendo, contudo, de antever enormes dificuldades, à semelhança do que já se sabe em relação à adoção. Há, de facto, comprovação científica suficiente de que esta não fica indiferente ao que lhe acontece quando está grávida, vivendo a gravidez como sua e sofrendo com o abandono da criança, circunstâncias que tornam compreensíveis, e fortemente possíveis, situações como: gestantes que mudam de ideias e querem assumir a maternidade; gestantes que querem abortar; ou gestantes que querem, mais tarde, conhecer ou obter informações sobre a criança.

Qualquer uma destas situações coloca em confronto direitos com igual tutela constitucional e nenhuma tem resposta satisfatória na presente lei.

Vista a questão do ângulo dos direitos da criança que vai nascer — cuja prevalência deve ser sempre assegurada pela lei — há todo um conjunto de outras questões a que a lei também não dá resposta satisfatória, designadamente:

- A importância da ligação (psicológica, biológica/epigenética), que durante a gestação se estabelece entre o feto e a mulher, para o desenvolvimento da criança que vier a nascer;
- O impacto que poderá ter sobre a criança a quebra da ligação estabelecida durante a gestação;
- A forma como se conseguem garantir os direitos da criança a nascer, considerando o contexto reprodutivo;
- A forma como se assegura o superior interesse da criança, em caso (i) de conflito que resulte em quebra de contrato; (ii) em decisões sobre término da gravidez; (iii) recusa de entrega da criança; (iv) recusa de aceitação da criança após o nascimento; ou (v) morte dos beneficiários prévia ao nascimento.

A Constituição, ao basear a República na dignidade da pessoa humana enquanto valor autónomo e específico inerente a todos os seres humanos em virtude da sua simples pessoalidade (cfr. artigo 1.º), assenta-a em dois pressupostos essenciais, a saber:

- Primeiro está a pessoa e só depois a organização política;
- A pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais.
- Estes princípios aplicam-se tanto à pessoa já nascida como à pessoa desde a sua conceção, aliás, como decorre do disposto no artigo 67.º, n.º 2 alínea e), da CRP que, ao remeter para dignidade da pessoa humana, pretende não apenas salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar

em causa por efeito de aplicação das técnicas de PMA, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de PMA.

No contexto da presente lei, pois, é meridianamente evidente que, em nome de um direito a constituir família e de um direito à intimidade da vida privada e familiar, não só assistimos à coisificação da mãe de substituição mas, também, constatamos que a criança que vier a nascer é tratada como um produto, ou seja, um produto final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos.

Em qualquer dos casos, é algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana.

Cabe aqui referir EMANUEL KANT: *“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio. (...) No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”*.

Em última análise, e não podendo ignorar as profundas lacunas que o regime encerra, a maior prejudicada é, de facto, a criança.

Assim sendo, não nos resta senão concluir que, para além da violação do princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, das disposições em evidência resulta também uma violação do dever do Estado de proteger as crianças, com vista ao seu saudável e integral desenvolvimento, previsto no art.º 69.º/1 da CRP.

Por último, dão-se por reproduzidas as considerações anteriores sobre o artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que prevê o sigilo absoluto de todos os envolvidos, nada se prevendo, mesmo que a título de exceção, sobre a possibilidade de se vir a conhecer a identidade da gestante de substituição, à semelhança, aliás, do previsto para os dadores (artigo 15., n.º 4).»

A final, os requerentes sintetizam as razões fundamentais do pedido de fiscalização abstrata sucessiva que formulam:

«Nestes termos, consideram os signatários que a considerável abertura à inseminação heteróloga com sémen de dadores, que é levada a cabo pela nova redação dos artigos 10.º e 19.º da Lei da PMA, quando interpretada em conjunto com a norma do artigo 15.º da mesma Lei, que condiciona a obtenção de conhecimento sobre a identidade do dador — por parte de pessoa nascida de PMA — à instauração de processo judicial e à existência de razões ponderosas para a quebra do regime de confidencialidade, têm potencial para violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da igualdade, previsto no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, o conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional.

Pelas mesmas exatas razões, consideram os signatários que a nova redação do artigo 20.º, n.º 3, da Lei da PMA, na parte em que dispensa a instauração da averiguação oficiosa da paternidade quando apenas houve lugar ao consentimento da pessoa sujeita a PMA, violam igualmente as referidas disposições da Constituição da República Portuguesa.

Consideram ainda os requerentes que a nova redação do artigo 8.º, bem como toda a regulamentação da gestação de substituição que no mesmo é vertida, não salvaguarda adequadamente os direitos da criança e da mulher gestante, admitindo que a mesma é suscetível de violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; do direito à proteção da infância por parte do Estado, previsto no artigo 69.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, do conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional.»

2. Notificada, enquanto órgão autor das normas sindicadas, para, querendo, se pronunciar sobre o pedido, a Assembleia da República nada disse.

3. Elaborado pelo Presidente do Tribunal o memorando a que se refere o artigo 63.º, n.º 1, da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, ou, abreviadamente, a “Lei do Tribunal Constitucional”), e tendo este sido submetido a debate, nos termos do n.º 2 do referido preceito, cumpre agora decidir de acordo com a orientação que o Tribunal fixou.

II. Fundamentação

A) Enquadramento das questões de inconstitucionalidade e sequência da sua análise

4. As normas da LPMA cuja inconstitucionalidade os requerentes pretendem ver apreciada respeitam a três núcleos problemáticos que, embora conexos, justificam análise autónoma:

- i) A admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo em consequência de situações clínicas impeditivas da gravidez;
- ii) O direito daqueles que nascem em consequência de processos de procriação medicamente assistida (“PMA”) com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante; e
- iii) A legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, ou seja, fora do contexto de um casamento ou de uma união de facto, a técnicas de PMA para engravidar.

A aludida conexão decorre não apenas da circunstância de todas as normas em causa constarem do mesmo diploma, como também de a própria gestação de substituição admitida nos termos da LPMA pressupor o recurso a técnicas de PMA. Já a justificação para o tratamento autónomo das mesmas questões, primariamente fundado na sua própria natureza e nos diferentes grupos de interesses em causa relativamente a cada uma delas, surge reforçada atentas as vicissitudes dos procedimentos legisla-

tivos que culminaram na LPMA na versão ora em análise e, outrossim, em virtude de a questão do conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas já ter sido objeto de apreciação por parte deste Tribunal, ainda que num contexto jurídico-normativo diferente (cfr. o Acórdão n.º 101/2009, acessível, assim como os demais adiante citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

5. A LPMA, que regula a utilização de técnicas de PMA, foi aprovada em 2006, tendo em vista dar cumprimento ao dever de regulamentar tal matéria estatuído no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição: incumbe ao Estado para proteção da família «regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana».

As normas ora questionadas resultam de alterações legislativas introduzidas na LPMA pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e n.º 25/2016, de 22 de agosto. Assinale-se, ainda, que a mesma Lei foi também alterada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, não sendo, porém, as disposições contidas neste diploma relevantes para a presente análise. De todo o modo, a LPMA foi republicada em anexo a esta última Lei «com a redação atual e as necessárias correções» (v. o respetivo artigo 4.º).

A Lei n.º 17/2016 alargou o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, com o objetivo expresso, no seu artigo 1.º, de garantir «o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida (PMA)». Nestes termos, passou a prever-se, no artigo 4.º, n.º 3, da LPMA, que as técnicas de PMA podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade e, no artigo 6.º, n.º 1, que podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Já a Lei n.º 25/2016 regula o acesso à gestação de substituição, limitando-o aos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez ou, ainda, «em situações clínicas que o justifiquem»..

Uma primeira versão do projeto que esteve na origem desta Lei foi objeto de veto do Presidente da República, nos termos do artigo 136.º, n.º 1, da Constituição, considerando que o decreto enviado para promulgação não acolhia as condições cumulativas enunciadas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida (“CNECV”) em duas deliberações com quatro anos de diferença, e com composições diversas do Conselho, as quais «traduziram sempre a perspetiva mais aberta a uma iniciativa legislativa neste domínio». As mencionadas condições — que os requerentes transcreveram no seu pedido — foram enunciadas no Parecer n.º 63/CNECV/2012 e, na medida em que não foram contempladas no projeto de diploma então em análise, referidas no n.º 2 do Parecer n.º 87/CNECV/2016 («[o] Conselho entende ainda que o texto proposto não responde à maioria das objeções e condições que o Conselho, já no seu parecer 63/CNECV/2012, tinha considerado cumulativamente indispensáveis, de que se destacam: [...]»; os pareceres em causa podem ser acedidos em http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=0_). Com efeito, diferentemente do que sucedera na apreciação realizada em 2012 — em que o CNECV aceitou, por maioria, a legitimidade da gestação de substituição a título excecional e desde que fossem observadas as referidas condições —, no Parecer de 2016, o mesmo Conselho considerou, desde logo, e por unanimidade, que no regime da gestação de substituição então apreciado — que visava «essencialmente levantar a proibição vertida no artigo 8.º» da LPMA — «não estão salvaguardados os direitos da criança a nascer e da

mulher gestante, nem é feito o enquadramento adequado do contrato de gestação» (v. o respetivo n.º 1).

No que se refere à perspetiva mais aberta implícita nas condições cumulativas exigidas pelo CNECV, o Presidente referiu, por comparação, e a título de exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu 2015/2229 (INI), de 17 de dezembro de 2015, «aprovada por 421 votos a favor, 86 contra e 116 abstenções, que condenou no seu parágrafo 115. a gestação de substituição e defendeu a sua proibição» (é o seguinte o teor do parágrafo em questão: «[c]ondena a prática da 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»).

Subsequentemente, o projeto foi reformulado e objeto de reapreciação pela Assembleia da República. Após a nova aprovação, o Presidente da República entendeu promulgar a nova lei, com base na seguinte consideração:

«[A] análise das modificações introduzidas pelo legislador do Decreto que, agora, deve ser apreciado, revela que, apesar de o texto alterado não corresponder totalmente ao que deveria ser a solução mais completa à luz dos Pareceres acima mencionados, ainda assim o veto presidencial determinou a reponderação substancial pela Assembleia da República de larga parte das condições por aquele Conselho recomendadas, cumprindo, nessa medida, no quadro parlamentar existente, a segunda função que assiste a um veto político do Presidente da República».

Assim, a gestação de substituição, anteriormente proibida em todos os casos (cfr. os artigos 8.º, n.º 1, e 39.º da LPMA, na sua redação originária, que se referiam à “maternidade de substituição”), passou a ser admitida no ordenamento jurídico português, a título excepcional e desde que realizada com respeito por determinados requisitos, positivos e negativos.

A Lei n.º 17/2016 foi objeto de regulamentação pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, que, de acordo com o respetivo preâmbulo, visa «assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os novos beneficiários» da PMA e aqueles que já o eram, à luz da legislação anterior,

«favorecendo-se a equidade no acesso às técnicas de PMA», e garantindo-se «uma prestação de serviços adequada, segura e não discriminatória, conforme plasmado na Lei n.º 17/2016, de 20 de junho».

Por seu turno, a Lei n.º 25/2016 foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. De assinalar que, conforme previsto no artigo 4.º, n.º 2, daquela Lei, o início de vigência das alterações aos artigos 8.º e 39.º da LPMA — justamente os que relevam mais direta e imediatamente em matéria de gestação de substituição —, ficara dependente da entrada em vigor de tal regulamentação. Na sequência do previsto no artigo 3.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, o Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (“CNPMA”) aprovou o *contrato-tipo de gestação de substituição* e disponibilizou-o no seu sítio da internet (cfr. http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf). Adotou também diversas deliberações com incidência direta ou indireta na matéria da gestação de subs-

tuição (acessíveis a partir de http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx), como por exemplo:

- Deliberação n.º 15-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias: até aos 50 anos);
- Deliberação n.º 16-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários: até aos 60 anos);
- Deliberação n.º 18-II/17, de 8 de setembro de 2017 (procedimento de autorização prévia para a celebração do contrato de gestação de substituição);
- Deliberação n.º 20-II/17, de 20 de outubro de 2017 (interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição: só casais heterossexuais ou casais formados por duas mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges);
- Deliberação n.º 21-II/17, de 24 de novembro de 2017 (estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição: menos de 45 anos, salvo se se tratar de mãe ou irmã de algum dos membros do casal beneficiário, caso em que o referido limite será de menos de 50 anos);
- Deliberação n.º 22-II/17, de 15 de dezembro de 2017 (estabelece diversos aspetos técnicos relativos à celebração e execução do contrato de gestação de substituição).

6. Cumpre, deste modo, apreciar sucessivamente a invocada inconstitucionalidade das normas da LPMA: (i) que admitem o recurso à *gestação de substituição* e que, segundo os requerentes, são as que constam dos n.ºs 1 a 12 do seu artigo 8.º («e, consequentemente, das normas ou de parte das normas que se refiram à gestação da maternidade de substituição, a saber: artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1 alínea b)»); (ii) que impedem o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a *identidade do ou dos dadores* e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a *identidade da respetiva gestante*, ou seja, as dos seus artigos 15.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, da mesma Lei; e (iii) que *dispensam a instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida em consequência do recurso a técnicas de PMA*, nos termos do respetivo artigo 20.º, n.º 3.

Dada a natureza e transversalidade dos problemas jurídicos em causa, a crescente mobilidade das pessoas, a universalidade de um dos parâmetros convocados — a dignidade humana — e a abertura constitucional ao direito internacional convencional por via do artigo 8.º e do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição, justifica-se uma atenção especial dedicada ao direito internacional e ao direito comparado. Nesse sentido, referiu-se no citado Acórdão n.º 101/2009:

«No âmbito do controlo da constitucionalidade das leis é de ter em conta, antes de mais, a Constituição da República Portuguesa, embora se não possa excluir totalmente a possível relevância constitucional dos instrumentos internacionais, na medida em que possam considerar-se como cor-

respondendo a direito constitucionalizado ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais. [...]

[Por outro lado,] não há dúvida de que em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a procriação medicamente assistida poderá ter interesse saber o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões, em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns de tais experiências [...].

A importância de todos estes dados compreende-se em vista da “abertura” dos parâmetros constitucionais aplicáveis em matéria de procriação medicamente assistida, mas serão estes a oferecer os decisivos critérios de decisão. A Constituição erige a dignidade da pessoa humana ao estatuto de referência primeira em matéria de procriação medicamente assistida e é em função desse princípio e dos direitos fundamentais em que ele se pode concretizar que se deverá aferir a validade das soluções normativas consignadas na Lei n.º 32/2006.»

A análise dos referidos dados deve considerar não apenas os aspetos estáticos correspondentes ao direito legislado, mas também a dinâmica da sua aplicação jurisprudencial. Daí a opção, em especial no que se refere à matéria da gestação de substituição, por uma *abordagem integrada* — e, como tal, necessariamente mais descritiva —, que reflita o “direito vivente” em cada caso considerado.

B) A gestação de substituição

B.1. Análise preliminar das alterações introduzidas na LPMA pela Lei n.º 25/2016

7. A alteração da LPMA feita pela Lei n.º 25/2016 visou permitir e regular o acesso à gestação de substituição a título excepcional e em determinadas condições, nomeadamente, «nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez» (v. o respetivo artigo 1.º), superando, desse modo, a anterior *proibição absoluta*. Em vista disso, aquele diploma modificou o artigo 8.º da LPMA nos seguintes termos:

«Artigo 8.º

Gestação de substituição

1. Entende-se por “gestação de substituição” 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.
2. A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, 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.
3. 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.
4. A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecede-

dida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2.

5. É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.
6. Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.
7. A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.
8. No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.
9. Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.
10. A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.
11. O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.
12. São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.»

Os restantes artigos da LPMA mencionados pelos requerentes com referência à gestação de substituição, nomeadamente os artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.º 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b), enfermarão, segundo os próprios, de inconstitucionalidade meramente consequencial.

Saliente-se, em todo o caso, que a mesma Lei n.º 25/2016 também modificou o artigo 39.º da LPMA — que, de resto, tem uma epígrafe idêntica à do artigo 8.º («*Gestação de substituição*») — respeitante à *incriminação da gestação de substituição*, passando a punir, além do mais, não só quem, enquanto beneficiário ou gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a *título oneroso* (cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 39.º) — o que já se encontrava previsto na redação originária da LPMA (v. o respetivo artigo 39.º, n.º 1) —, como também quem, enquanto beneficiário ou gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a *título gratuito*, mas *fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º* (cfr. os n.ºs 3 e 4 do artigo 39.º).

A modificação da versão originária da LPMA no domínio da gestação de substituição foi sugerida, por diversas vezes, pelo próprio CNPMA, com a seguinte fundamentação, acolhida nas iniciativas legislativas que culminaram na aprovação da Lei n.º 25/2016:

«Não se afigura justo nem eticamente fundamentado, sendo antes injusto e desproporcionado, barrar a possibilidade de ter filhos a pessoas impossibilitadas de procriar em situações medicamente verificadas e justificadas, quando as mesmas em nada contribuíram para a situação em que se encontram” (v., por exemplo, o *Relatório Referente à Atividade Desenvolvida no Ano de 2010*, p. 37; ou o Parecer n.º 271/CNPMA/2012).

8. A primeira grande diferença a assinalar entre a versão originária e as alterações de 2016 é de ordem *terminológica*: a expressão «maternidade de substituição» é substituída pela expressão «gestação de substituição». No Parecer n.º 63/CNECV/2012 — que justamente apreciou dois projetos de lei apresentados, um por Deputados do Partido Socialista (PL n.º 131/XII), e o outro por Deputados do Partido Social Democrata (PL n.º 138/XII), que também versavam a “maternidade de substituição” —, depois de se reconhecer que «a *semântica* escolhida nunca é indiferente em Bioética», observou-se a propósito:

«[A] expressão “maternidade de substituição”, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica.

O CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva.»

A verdade, porém, é que esta opção não é ela própria incontroversa (sobre a discussão terminológica, v., por exemplo, as referências feitas por ESTRELA CHABY, “Direito de constituir família, filiação e adoção — Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 329 e ss., p. 349, nota 70).

Contudo, apesar das diferenças terminológicas, verifica-se uma *continuidade* ao nível da noção legal: a «maternidade de substituição», antes prevista no artigo 8.º, n.º 2, da LPMA, na sua redação originária, corresponde à «gestação de substituição» agora consagrada no n.º 1 do mesmo preceito, com a redação dada pela Lei n.º 25/2016. Trata-se de uma noção ampla (correspondente à proposta por GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma Duas! O Contrato de Gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 8-9) — que, desde logo, não prescinde da vontade da própria gestante, uma vez que é esta que se *dispõe* e que *renuncia* — destinada a cobrir as diferentes modalidades de substituição gestacional, a *proibida* (*substituição genética*, em que, na conceção por ato sexual ou mediante a utilização de técnicas de PMA, a gestante contribui com os seus ovócitos) e aquela que é *permitida*, a título excecional (*substituição meramente gestacional*, que implica que a gestante se submeta a técnicas de PMA sem contribuir com os seus ovócitos para a formação do embrião).

Simplemente, na consideração da aludida continuidade, não pode perder-se de vista a alteração do paradigma entretanto verificada no tocante à PMA (cfr. os artigos 4.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1, *in fine*, ambos da LPMA), alteração essa que pode ter repercus-

sões na perceção e, ou, porventura, na compreensão, da própria gestação de substituição, uma vez que esta pressupõe o recurso àquela. Como assinala o CNECV no seu Parecer n.º 87/ CNECV /2016, verifica-se «uma *mudança do paradigma da utilização das técnicas de PMA*, centrando as questões numa realidade: que *a beneficiária das técnicas é a mulher*, independentemente do facto de estar ou não acompanhada por um/a parceiro/a. Nesta medida, as alterações previstas para a Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, não implicam um verdadeiro alargamento dos beneficiários das técnicas da PMA, antes constituem o reconhecimento legal de que a beneficiária das técnicas é aquela em quem as técnicas são potencialmente aplicadas, ou seja, a mulher» (v. loc. cit., III.4., p. 11; itálico aditado). A justificação de tal mudança, enunciada nos projetos de lei que estiveram na origem da Lei n.º 17/2016, é a «*tutela da liberdade e autonomia da mulher que quer ser mãe* e em quem irão ser aplicadas as técnicas de PMA » (*ibidem*; itálico aditado). Nesse sentido, podia ler-se no Projeto de Lei n.º 122/XII, apresentado pelo Bloco de Esquerda em 2012, e parcialmente reproduzido no seu Projeto de 2016 (Projeto de Lei n.º 36/XIII, que desencadeou o procedimento legislativo referente à Lei n.º 25/2016):

«[Não se descortina uma razão válida que justifique o] impedimento de uma mulher recorrer à PMA, em função da sua situação pessoal, estado civil, condição clínica ou orientação sexual. Uma mulher sozinha — seja qual for a sua orientação sexual — ou uma mulher casada com outra mulher, sejam férteis ou inférteis, devem poder concretizar o *desejo de ser mães* sem que para isso sejam obrigadas a uma relação que não desejam, a uma relação que contraria a sua identidade e agride a sua personalidade. [...]

Os avanços da medicina devem ser colocados ao serviço das pessoas, da sua realização pessoal e da sua felicidade. A lei da PMA deve incluir e consagrar uma ética orientada para a felicidade pessoal, definida pelo próprio em função dos seus valores e critérios, sobretudo quando estão em causa escolhas e opções que envolvem, afetam e constroem a individualidade e a intimidade de cada um. A lei e a sociedade não devem impor figurinos ou modos de vida, ao contrário, devem acolher a pluralidade das formas de pensar e viver a maternidade, promovendo uma cultura de aceitação e respeito pela diferença e pelas opções de cada um» (itálico aditado).

Segundo a definição legal do artigo 8.º, n.º 1, da LPMA — que, como mencionado, também é relevante para a delimitação do tipo objetivo da incriminação prevista no artigo 39.º do mesmo diploma —, a gestação de substituição envolve um *acordo* — o contrato de gestação de substituição — entre a *gestante* e quem pretende assumir as responsabilidades parentais relativamente à criança que vier a nascer — por simplificação, os *beneficiários* (por vezes também referidos, em especial noutras ordens jurídicas ou na doutrina, como “pais intencionais”, “pais jurídicos” ou “pais sociais”).

Note-se, em todo o caso, que a utilização do plural no presente acórdão — “beneficiários” — não deve ser entendida como uma tomada de posição do Tribunal relativamente à questão de saber se *todos* os “beneficiários” referidos no artigo 6.º, n.º 1, da LPMA são *igualmente* “beneficiários” para efeitos do disposto no artigo 8.º e preceitos com ele conexos, como por exemplo, os artigos 14.º, n.º 6, 16.º, n.º 1, ou 30.º, n.º 2, alínea p) (cfr. no sentido de que somente casais, heterossexuais ou de mulheres, mencionados no citado artigo 6.º, n.º 1, podem ser beneficiários da gestação de substituição, a referida Deliberação do CNPMA n.º 20-II/2017, de 20 de outubro de 2017).

No âmbito do citado acordo, a gestante aceita: (i) engravidar no interesse dos beneficiários e levar a gravidez até ao fim; e (ii) depois do parto, entregar a criança nascida aos beneficiários, «renunciando aos poderes e deveres da maternidade». Esta *renúncia* justifica-se e tem sentido para a *caracterização da figura* num quadro normativo em que a mesma é proibida e a filiação relativamente à mãe resulta, nos termos gerais, do facto do nascimento (cfr. o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil). A redação originária do artigo 8.º, n.º 3, da LPMA confirmava isso mesmo — a *ineficácia total* do contrato de gestação de substituição consequente da nulidade estatuída no n.º 1 do mesmo preceito: «[a] mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer».

Contudo, as alterações à LPMA introduzidas pela Lei n.º 25/2016 visaram, justamente, modificar tal quadro, *permitindo* em determinadas circunstâncias a gestação de substituição. Nessas circunstâncias, o contrato de gestação de substituição, desde que autorizado pela entidade administrativa competente, é lícito e, por isso mesmo, *eficaz*. Mas uma das condições de possibilidade da eficácia intencionada pelas partes é um critério de estabelecimento da maternidade que, diferentemente do critério geral, não se funde no nascimento. Por isso o artigo 8.º, n.º 7, da LPMA veio dispor que a «criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários». Ou seja, e por confronto com a anterior redação do n.º 3 do mesmo preceito: verificando-se o nascimento de uma criança na sequência da execução de um contrato de gestação de substituição eficaz, a lei determina o afastamento do critério geral de estabelecimento da filiação, seja em relação à mãe, seja em relação ao pai, passando a mesma criança a ser tida como filha de quem figura como beneficiário no dito contrato.

No novo quadro normativo, a gestação de substituição fundada num contrato devidamente autorizado, válido e eficaz determina que a gestante assumas as seguintes obrigações essenciais:

- Submeter-se a uma técnica de PMA;
- Suportar a gravidez por conta dos beneficiários até ao fim e dar à luz a criança;
- Entregar a criança nascida aos beneficiários.

Independentemente de a substituição meramente gestacional se processar com recurso a ovócitos da “mãe intencional” ou de uma terceira dadora, aquela implica, relativamente à gestante, a utilização de técnicas de PMA, sendo por isso mesmo perspectivada por alguns como (simples) «variante da fecundação heteróloga aplicada à mulher» (assim, v. VINCENZO SCALASI, “Maternità surrogata: come far cose com regole” in *Scritti in Onore di Giovanni Furguele*, t. II, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 219 e ss., pp. 219-220). Embora sujeita a uma técnica de PMA, a gestante não é, todavia, considerada beneficiária da mesma, já que a gravidez visada, uma vez concretizada, será suportada por conta de outrem, no sentido de que as responsabilidades parentais relativamente à criança que vier a nascer não serão assumidas por si, mas pelos terceiros com quem previamente contratou. Por ser assim, não lhe pode ser aplicado o critério de maternidade previsto para as beneficiárias de técnicas de PMA, o qual, devido ao disposto no artigo 10.º, n.º 2, da LPMA, acaba por se reconduzir ao facto do nascimento, ou seja, ao parto (cfr. o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil; note-se que o disposto no n.º 1 do artigo 20.º da LPMA se aplica apenas ao *companheiro* — homem ou mulher — da mulher submetida a técnica de PMA, em contexto de casal, e que o n.º 3 do mesmo preceito *pressupõe* a aplicação

à mulher submetida a PMA, fora do contexto de casal, do mencionado critério do Código Civil).

Isto significa que a referência à renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade contida na parte final do n.º 1 do artigo 8.º da LPMA é, pelo menos, ambígua: não se pode renunciar a posições jurídicas de que *se não é — nem se poderá vir a ser*, de acordo com o disposto no n.º 7 do mesmo preceito — titular. Aliás, a gestante (e, bem assim, os beneficiários) *consente e acorda* na gestação de substituição, desde logo, porque pretende que a filiação da criança que venha a nascer — e, conseqüentemente, também as correspondentes responsabilidades parentais a assumir — seja estabelecida em relação à parte contratante, isto é, aos beneficiários a que se reporta o artigo 8.º da LPMA, e não a si própria. Pela sua própria razão de ser, a gestação de substituição não visa concretizar um projeto parental próprio da gestante, mas sim dos beneficiários.

No entanto, e por outro lado, a gestação de substituição só é lícita desde que aceite por ambas as partes, com observância dos requisitos, positivos e negativos, previstos na lei. E entre estes, importa relevar o *consentimento das partes* destinado a garantir que a sua participação em todo o processo é realmente voluntária. Em vista disso, e independentemente do momento em que seja prestado e da forma que revista, tal consentimento é um pressuposto essencial do próprio contrato, que dele se autonomiza em termos funcionais e obedece a um regime próprio.

Com efeito, à validade e eficácia do mesmo é aplicável, «*com as devidas adaptações*, o disposto no artigo 14.º» da LPMA (cfr. o respetivo artigo 8.º, n.º 8; itálico adicionado). E, porque a gestante não é beneficiária da gestação de substituição, o artigo 14.º, n.º 5, confirma que ao seu consentimento também é aplicável o disposto nesse mesmo artigo, *mutatis mutandis*, como não pode deixar de ser. Assim, e desde logo, a gestante de substituição:

- Tem de ser previamente informada, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas (artigo 14.º, n.º 2);
- Tem de prestar o seu consentimento, livre e esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável, pelo menos no que respeita às técnicas de PMA a utilizar (artigo 14.º, n.º 1);
- Tem de ser previamente informada, por escrito, do «significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal» (artigo 14.º, n.º 6);
- Pode — só pode — revogar livremente o seu consentimento «até ao início dos processos terapêuticos de PMA» (artigo 14.º, n.º 4).

Do mesmo modo, os direitos previstos no artigo 12.º da LPMA são aplicáveis, também com as devidas adaptações, mas independentemente do contrato que entre si tenham celebrado ou venham a celebrar, aos beneficiários e à gestante de substituição (cfr. o artigo 8.º, n.º 9, daquela Lei).

Resulta, em todo o caso, claramente do citado artigo 14.º, n.º 6, que o consentimento da gestante e dos beneficiários no âmbito da gestação de substituição é muito *mais complexo e abrangente* do que aquele que é exigido aos beneficiários no âmbito da utilização das técnicas de PMA.

Desde logo, porque diferentemente deste último, não tem apenas um caráter *autorizante*, com referência à utilização das técnicas de PMA — vertente que, todavia, não deixa de estar presente, dizendo especialmente respeito ao médico responsável

(cfr. o artigo 14.º, n.º 1, da LPMA). O consentimento em análise dirige-se também ao outro lado interessado na gestação de substituição: o dos beneficiários à gestante, no sentido de para esta ser transferido um embrião constituído com recurso a gâmetas de, pelo menos, um deles; e o da gestante aos beneficiários, no sentido de a gravidez resultante da implantação daquele embrião e o posterior parto da criança serem suportados em benefício daqueles. Nesta segunda vertente, o consentimento reveste uma natureza *vinculante* para quem o emite, obrigando em conformidade.

Não obstante, o consentimento dos beneficiários e o da gestante, não só *não são simétricos* — uma vez que o da gestante implica a aceitação de intervenções continuadas em direitos fundamentais como a integridade física ou a saúde e o direito a constituir família e a ter filhos, ao passo que o dos beneficiários se limita à recolha do material genético necessário para a concretização da gestação de substituição e à transferência uterina do embrião assim criado; como, sobretudo, *não são consumidos pelo contrato* que beneficiários e gestante celebram entre si. É o que se pode concluir da referência expressa e autónoma ao «consentimento das partes» (em paralelo com a menção dos «negócios jurídicos de gestação de substituição», que devem ser celebrados «através de contrato escrito» — n.º 10 do artigo 8.º) contida no já mencionado n.º 8 do artigo 8.º da LPMA, em conjugação com a *livre revogabilidade do consentimento* garantida nos termos do artigo 14.º, n.º 4, do mesmo diploma. De resto, um dos problemas suscitados pela Lei n.º 25/2016 — e que tem origem em vicissitudes do seu procedimento legislativo — respeita ao modo de estabelecer, do ponto de vista formal, a articulação entre o consentimento de cada uma das partes e o contrato entre elas celebrado. Mas tal problema em nada prejudica a *autonomia funcional* (traduzida depois em exigências jurídicas próprias) entre a *declaração unilateral vinculante* correspondente ao consentimento e o *acordo de vontades* consubstanciado no contrato — questão que será abordada mais à frente.

Em especial no que se refere ao consentimento prestado pela gestante, a atividade consentida não se esgota num ato único ou num conjunto de atos pontuais de utilização das técnicas de PMA; o seu consentimento abrange necessariamente a *gravidez* — o processo biológico, psicológico e potencialmente afetivo inerente à gestação —, a qual é suportada ou vivida, necessariamente também, no interesse dos beneficiários, e o próprio *parto da criança*, que é igualmente suportado necessariamente também no interesse daqueles. Ou seja, o consentimento da gestante implica a *vontade positiva* de que a criança que vier a trazer no seu ventre e que vier a dar à luz não seja tida como sua filha, mas antes como filha dos beneficiários. Daí a assunção da obrigação de entrega a estes últimos — e não a quaisquer terceiros — da criança nascida.

É neste contexto que deve entender-se a referência à *renúncia* «aos poderes e deveres próprios da maternidade» feita no segmento final do n.º 1 do artigo 8.º da LPMA, e que se conjuga necessariamente com a previsão do n.º 7 do mesmo artigo: a criança dada à luz pela gestante não é tida como sua filha, mas sim como filha dos beneficiários do contrato de gestação de substituição. Esta consequência jurídica tem como pressuposto a validade e eficácia do consentimento das partes a que se refere o n.º 8 do mesmo artigo 8.º, merecendo especial atenção o *consentimento da gestante* devido às obrigações por si assumidas no âmbito do acordo de gestação de substituição. Para celebrar validamente tal acordo, a gestante tem necessariamente de querer que a criança trazida no seu ventre durante a gravidez e que depois fará nascer, não seja sua filha, mas antes dos beneficiários. A gestante aceita, por isso, não ser mãe da criança cuja gravidez e parto deverá suportar, sabendo que poderia ser

considerada como tal, à semelhança do que sucede com todas as mulheres que dão à luz — incluindo aquelas que só engravidaram na sequência da utilização de uma técnica de PMA heteróloga em que o embrião não seja formado com o seu material genético. É esta escolha da gestante — não ser mãe da criança que vier a dar à luz — que, correspondendo ainda a uma forma de liberdade negativa de constituir família e de ter filhos, pode ser perspetivada, tal como refere a lei, como uma renúncia (antecipada) «aos poderes e deveres próprios da maternidade».

9. O regime jurídico da LPMA que disciplina a gestação de substituição *lícita* inclui outros aspetos que, em conjugação com o que já foi referido em relação ao consentimento da gestante e dos beneficiários, permitem recortar e autonomizar, por referência às regras de direito internacional e às soluções de direito comparado, um certo *modelo* ou *conceito de gestação de substituição* que o legislador português quis admitir, com exclusão de modelos ou conceitos alternativos.

Em primeiro lugar, a gestação de substituição continua a ser uma *solução excepcional* e, como tal, *sujeita a autorização prévia*, para situações muito específicas de infertilidade (a «celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional [...] 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» — n.º 2 do artigo 8.º — devendo tais contratos ser precedidos de autorização — n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo). Além disso, e como já referido, verificando-se o nascimento de uma criança na sequência da execução de um contrato de gestação de substituição eficaz, a lei determina o afastamento do critério geral de estabelecimento da filiação previsto no artigo 1796., n.º 1, do Código Civil, seja em relação à mãe, seja em relação ao pai, passando a mesma criança a ser tida como filha de quem figura como beneficiário no dito contrato (artigo 8.º, n.º 7).

Em segundo lugar, só são admissíveis acordos de gestação de substituição de *natureza gratuita* (v., de novo, o citado n.º 2 do artigo 8.º: a «celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível [...] com natureza gratuita»). Isto mesmo se confirma no artigo 8.º, n.º 5, que afirma ser

«proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado».

Por outro lado, e como reforço da garantia da liberdade das partes, em especial da gestante, a lei exige a *inexistência de relações de subordinação económica* entre elas: «[n]ão é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas» (artigo 8.º, n.º 6).

A lei acautela a existência de uma *ligação genética com pelo menos um dos beneficiários*, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, exigindo o recurso a gâmetas de, pelo menos, um deles. Acresce que a lei *exclui em absoluto a substituição genética*: «a gestante de substituição [não pode], em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante» (v. *ibidem*).

Por fim, o contrato deve ser celebrado por *escrito* (artigo 8.º, n.º 10), e a necessária *autorização prévia* é da competência do CNPMA, antecedida da audição da Ordem dos Médicos (artigo 8.º, n.º 4). Todavia, a lei não estabelece quaisquer cláusulas obrigatórias que devam constar do referido contrato, limitando-se a prever que do mesmo contrato «devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a

legislação em vigor, *as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez*» e que o «contrato [...] *não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade*» (cfr., respetivamente, os n.ºs 10 e 11 do artigo 8.º; itálicos aditados).

Estes traços essenciais do regime jurídico-positivo devem ser tomados em consideração na ponderação de valores a levar a cabo no presente caso e permitem, desde logo, traçar um perfil da gestação de substituição lícita no ordenamento português, enquanto instituto jurídico ou figura jurídica *a se*: a mesma reveste carácter *subsidiário* e excecional, assume uma *natureza meramente gestacional*, pressupõe o *consentimento autónomo* dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade e tem de ser formalizada por via de um *contrato a título gratuito*, previamente autorizado, encontrando-se tal competência autorizativa atribuída ao CNPMA. E é este o perfil do que pode designar-se por *modelo português de gestação de substituição*, a considerar para uma apreciação da inadmissibilidade constitucional de princípio da figura ou instituto jurídico, isto é, independentemente de aspetos particulares do seu regime, como a sustentada pelos requerentes no seu pedido de fiscalização.

B.2. Direito internacional e direito da União Europeia

10. No plano do direito internacional, a gestação de substituição releva tanto para efeito das normas que procuram prevenir a mercantilização do corpo humano ou de partes dele, como das normas respeitantes à defesa dos direitos da criança. Por outro lado, também não pode ignorar-se o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) quanto ao artigo 8.º (direito ao respeito da vida privada e familiar) da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (“CEDH”).

Relativamente ao primeiro aspeto, importará considerar, desde logo, o artigo 21.º (*Proibição da obtenção de lucros*) da *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (“Convenção de Oviedo”), aprovada em 1997, no âmbito do Conselho da Europa (cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, e o Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, da mesma data):

«O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros. Este princípio encontra-se alinhado com o que prevê a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (“UNESCO”) na sua 29.ª sessão, a 11 de novembro de 1997 (cfr. o respetivo artigo 4.º: o «genoma humano no seu estado natural não deverá dar origem a benefícios pecuniários»). No mesmo sentido, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (“CDFUE”) estabelece no seu artigo 3.º, n.º 2, alínea c), que, no domínio da medicina e da biologia, deve ser respeitada «a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro».

Na ponderação das questões colocadas pelo recurso à gestação de substituição deve ainda ser tida em conta a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, (cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e o Decreto do Presidente da República n.º 49/90, da mesma data). O respetivo artigo 3.º, n.º 1, consagra o *primado do interesse da criança* como critério axiológico-prático de quaisquer decisões relativas a crianças:

«Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas

ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.»

O artigo 7.º, n.º 1, da mesma Convenção consagra o direito da criança a ser registada imediatamente após o nascimento e, «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». Por sua vez, o artigo 9.º, n.º 1, primeira frase, prevê que os «Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança».

A nível europeu, ainda no tocante aos direitos da criança, cumpre destacar a *Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças*, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996 (cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27 de janeiro, e o Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, da mesma data), que, segundo o seu artigo 1.º, n.º 2, «tendo em vista o superior interesse das crianças, visa promover os seus direitos, conceder-lhes direitos processuais e facilitar o exercício desses mesmos direitos, garantindo que elas podem ser informadas, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, e que estão autorizadas a participar em processos perante autoridades judiciais que lhes digam respeito». E, sobretudo, o artigo 24.º (*Direitos das crianças*) da CDFUE: «[t]odos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança» (n.º 2); e «[t]odas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses» (n.º 3).

Fácil é compreender que vários destes direitos dos menores podem ser gravemente afetados em casos de gestação de substituição, principalmente quando se verificam conflitos entre os ordenamentos jurídicos e soluções específicas consagradas em determinados regimes legais, de natureza permissiva em relação à gestação subrogada, são tidas por contrárias à ordem pública noutra ordem jurídica. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem-se ocupado deste problema, tendo divulgado em 2014 um estudo sobre parentalidade e questões colocadas pelos acordos internacionais de gestação de substituição (acessível a partir de <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>), no qual se ensaia o desenho de um instrumento multilateral, que consagre algumas normas com vista a limitar os potenciais conflitos.

No plano político, cumpre desde logo recordar a mencionada Resolução do Parlamento Europeu 2015/2229 (INI), de 17 de dezembro de 2015, a que o Presidente da República se referiu no seu veto (cfr. *supra* o n.º 5).

Também no âmbito da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, o Comité de Assuntos Sociais, Saúde e Desenvolvimento Sustentável aprovou em 21 de setembro de 2016 um projeto de recomendação afirmando a conveniência de elaborar diretrizes tendentes a salvaguardar os direitos das crianças em conexão com os acordos de gestação de substituição, fundamentado num memorando em que se reconhecia ser consensual que a gestação de substituição a título oneroso é lesiva dos superiores interesse da criança e, por isso, deve ser proibida, e, outrossim, a necessidade de os Estados não violarem os direitos das crianças quando tomam medidas para salvaguarda da sua ordem pública e para desincentivar o recurso à

gestação de substituição (acessível a partir de <http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-EN.pdf/a434368b-2530-4ce4-bbc0-0113402749b5>). Por isso, o memorando preconizava que os Estados Partes proibissem todas as formas de gestação de substituição onerosa, e que colaborassem entre si, no sentido de proteger os direitos das crianças sempre que tomassem medidas para proteger a ordem pública e desencorajar o recurso a este tipo de práticas. Todavia, o projeto de recomendação foi rejeitado por aquela Assembleia, na sua sessão de 11 de outubro de 2016, considerando-se que o mesmo tendia a contemporizar com práticas ilegais e, por isso, a aceitar a admissibilidade de princípio da gestação de substituição. No entanto, também foram rejeitadas as emendas ao projeto, que apontavam no sentido de serem proibidas pelo direito internacional todas as formas de gestação de substituição.

11. No plano específico do quadro paramétrico decorrente da CEDH, a questão da gestação de substituição e dos direitos dos envolvidos — beneficiários, gestante e criança — tem sido abordada, em regra, à luz do disposto no artigo 8.º (*Direito ao respeito da vida privada e familiar*). O TEDH foi já chamado a pronunciar-se num número expressivo de casos, começando a desenhar-se uma jurisprudência firme quanto a diversos aspetos.

Desde logo, aquele Tribunal tem traçado uma distinção fundamental entre o direito à vida privada dos *beneficiários* da gestação de substituição e o direito à vida privada e familiar *das crianças* assim nascidas. Quanto ao primeiro aspeto, o Tribunal de Estrasburgo tem-se inclinado pela não violação da CEDH, e pelo reconhecimento aos Estados de uma ampla margem de apreciação no estabelecimento de um equilíbrio entre os valores constitucionais em conflito (dignidade da pessoa humana, ordem pública e proteção das potenciais gestantes). Todavia, no que respeita às crianças nascidas através do recurso à gestação de substituição, e à definição e prossecução do seu superior interesse, nos termos da Convenção e das demais normas pertinentes de direito internacional (em particular, a Convenção sobre os Direitos das Crianças), o TEDH tem entendido que o não reconhecimento da filiação e a recusa de atribuição (à criança) da nacionalidade dos pais-beneficiários têm como consequência um dano intolerável para o direito à vida privada, nomeadamente, devido à situação de indefinição jurídica em que as crianças são deixadas, que as impossibilita de estabelecer os detalhes da sua identidade como ser humano.

Esta linha jurisprudencial é importante para a análise a levar a cabo no plano jurídico-constitucional interno, já que é diferente a ponderação de bens jurídicos quando se confrontam apenas os interesses privados dos beneficiários e da gestante e os interesses públicos constitucionalmente relevantes, da operação de concordância prática a efetuar num momento, após o nascimento da criança, em que todo o processo decisório deve ter por propósito cimeiro a tutela do superior interesse da criança. O espaço de conformação dos Estados para procurar uma solução específica, consentânea com o seu particular quadro axiológico e valorativo, é substancialmente mais pequeno no segundo caso, no qual se impõe a salvaguarda de um elevado *standard* de proteção dos direitos fundamentais da criança.

De todo o modo, não pode perder-se de vista que os casos apreciados pelo TEDH apresentam diferenças importantes em relação à ponderação que deve ser efetuada pelo Tribunal Constitucional. Aquele Tribunal não procede a um controlo abstrato da compatibilidade de normas jurídicas com certos parâmetros. Diferentemente, as suas apreciações respeitam, por um lado, a situações concretas que têm, em regra,

uma dimensão internacional, respeitando a crianças nascidas *no estrangeiro*, fruto de gestação de substituição; por outro lado, o juízo de ponderação não incide imediatamente sobre a admissibilidade da gestação de substituição em si mesma, uma vez que se trata de casos referentes a crianças já nascidas, o que implica a ponderação dos direitos destas, enquanto sujeito autónomo. Nesse âmbito, como o próprio Tribunal reconhece, não lhe compete substituir pela sua a apreciação feita pelas autoridades nacionais competentes no que se refere à determinação do «meio mais apropriado para regular a questão — complexa e sensível — da relação entre os pais intencionais e uma criança nascida no estrangeiro com recurso a um acordo comercial de gestação por conta de outrem e a utilização de uma técnica de PMA, nos casos em que tal acordo e a referida técnica sejam proibidos no Estado requerido» (v. § 180 do Acórdão de 24 de janeiro de 2017, *Paradiso and Campanelli c. Itália* (Queixa n.º 25358/12)).

Importa começar por referir um primeiro grupo de casos decididos pelos Acórdãos de 26 de junho de 2014, *Menesson c. França* (Queixa n.º 65192/11) e *Labassee c. França* (Queixa n.º 65941/11), e de 21 de julho de 2016, *Foulon c. França* (Queixa n.º 9063/14) e *Bouvet c. França* (Queixa n.º 10410/14). Em todos eles o TEDH foi chamado a apreciar se o não reconhecimento, em França, da filiação constante de certidões de nascimento emitidas pelas autoridades de um outro Estado relativamente a crianças aí nascidas através do recurso à gestação de substituição constituía uma violação do artigo 8.º da CEDH. Nesses casos, os requerentes — que eram os pais beneficiários do contrato de gestação de substituição, sendo *o pai beneficiário igualmente o pai biológico* — invocaram que a decisão dos tribunais franceses de não reconhecerem a nacionalidade francesa das crianças violava o direito ao respeito da vida familiar e o direito ao respeito da vida privada das crianças, ínsitos no citado artigo da Convenção.

O Tribunal aceitou que o não reconhecimento da filiação pode efetivamente implicar dificuldades práticas na vida familiar dos requerentes e das crianças, na medida em que estas últimas não possuem legalmente a nacionalidade francesa e documentos franceses, mas sim nacionalidade e documentos do Estado em que nasceram. Mas, por outro lado, entendeu também que os obstáculos práticos que as famílias têm de enfrentar, na sequência da decisão de não reconhecimento da filiação, não são inultrapassáveis, porquanto aquelas se encontram a residir em França com as crianças, não havendo qualquer elemento que indiciasse o risco de serem separadas pelas autoridades francesas. Consequentemente, entendeu que as decisões dos tribunais franceses não tinham excedido os limites da margem de apreciação interna dos Estados, tendo aqueles procedido a uma ponderação adequada entre os interesses dos requerentes e os interesses de ordem pública estadual.

Decisão distinta foi, porém, proferida relativamente à alegada violação do direito ao respeito da vida privada das crianças. Como o Tribunal começou por notar, tal direito inclui a possibilidade de cada pessoa estabelecer os detalhes da sua identidade como ser humano, o que inclui a relação jurídica de filiação. Ora, neste plano, as crianças encontravam-se numa situação de indefinição jurídica devida à recusa de transcrição do registo: embora os tribunais franceses reconhecessem que existia uma relação de filiação entre os beneficiários e as crianças à luz do direito estrangeiro, essa relação não era reconhecida à luz do direito francês. Os juízes entenderam que esta contradição não só colocava em causa a identidade das crianças no seio da sociedade francesa, como limitava a possibilidade de estas obterem a nacionalidade francesa e de serem titulares de direitos sucessórios perante a lei francesa. O problema era

ainda agravado pelo facto de o beneficiário ser o progenitor genético das crianças em questão, o que fazia com que o não reconhecimento da relação de filiação entre os dois à luz do direito francês assumisse contornos particularmente prejudiciais para o superior interesse das crianças, na medida em que uma das componentes essenciais da sua identidade seria necessariamente afetada. Por conseguinte, o Tribunal concluiu que as decisões dos tribunais franceses de recusa de transcrição excediam a margem de apreciação do Estado francês na ponderação dos interesses em conflito, verificando-se uma violação do direito ao respeito da vida privada das crianças.

O segundo conjunto de decisões respeita ao caso *Paradiso and Campanelli c. Itália* (Queixa n.º 25358/12), com origem nos tribunais italianos.

Estava em causa um casal italiano que havia celebrado um contrato oneroso de gestação de substituição na Rússia, prevendo a gestação da criança por uma mulher russa, com recurso ao material genético do beneficiário e de uma terceira dadora. Após o nascimento da criança, as autoridades russas lavraram uma certidão de nascimento, constando aquela como filha do casal beneficiário. Porém, quando os beneficiários requereram em Itália a transcrição da certidão de nascimento, as autoridades italianas não só recusaram o pedido, como iniciaram um inquérito penal contra aqueles, por falsificação de documentos e deturpação do estado civil. Após a realização de testes de ADN, comprovou-se que a criança não tinha afinal sido gerada com recurso aos gâmetas de nenhum dos membros do casal, o que motivou a sua retirada e posterior adoção por outra família. O caso foi objeto de queixa para o TEDH, que o apreciou em duas instâncias.

Na primeira decisão, datada de 27 de janeiro de 2015, o TEDH centrou a sua análise na necessidade de ponderação dos interesses públicos e privados em conflito, tendo como referência o princípio fundamental do superior interesse da criança. Nestes termos, e no que respeita à primeira decisão emitida pelas autoridades italianas (uma recusa de reconhecimento da certidão de nascimento emitida pelas autoridades russas e, conseqüentemente, da relação de filiação aí estabelecida), a Câmara de Julgamento considerou que as mesmas não tinham agido de forma desrazoável, na medida em que a criança não possuía qualquer ligação genética com os beneficiários. O mesmo entendimento não foi, porém, mantido a propósito da apreciação da decisão dos tribunais italianos de retirar a criança de casa dos beneficiários, tendo os juízes de Estrasburgo considerado que os interesses da criança não tinham sido devidamente equacionados, o que implicava a uma violação do artigo 8.º da Convenção.

Esta decisão foi, todavia, revertida em 24 de janeiro de 2017, pela Câmara de Apelação (*Grand Chamber*) do TEDH, tendo a posição maioritária vencido por 11 votos contra 6. Em primeiro lugar, o Tribunal entendeu que não tinha existido verdadeiramente vida familiar entre os beneficiários e a criança, especialmente devido à curta duração da vida em comum (6 meses em Itália e 2 meses na Rússia) e à inexistência de uma ligação genética entre os mesmos, pelo que o direito ao respeito da vida familiar não seria aplicável *in casu* (§§ 157 e 158).

Os juízes consideraram, porém, que o direito ao respeito da vida privada seria aplicável ao caso, na sua vertente de direito ao respeito da decisão de os “pais intencionais” assumirem responsabilidades parentais e ao desejo de se desenvolverem por essa via, atenta a sua intenção genuína em serem pais e a existência de laços emocionais e afetivos com a criança (§ 163). Ou seja, *a mera ausência de uma relação genética entre os pais intencionais e a criança* (e, bem assim, a inexistência de uma relação familiar duradoura) não foi considerada um obstáculo à consideração da posição

desses progenitores no âmbito de proteção do direito ao respeito da vida privada e familiar consagrado no artigo 8.º da CEDH.

A partir daqui, o Tribunal apreciou se a afetação desse direito poderia ser justificada com base nos pressupostos previstos no n.º 2 do artigo 8.º da CEDH: (i) tratar-se de uma ingerência prevista na lei; e (ii) constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para garantir certos bens fundamentais, em especial, a defesa da ordem pública e dos direitos e liberdades da criança (cfr. o § 177: o Tribunal considera legítima a vontade das autoridades italianas de reafirmarem a competência exclusiva do Estado para reconhecer um vínculo de filiação em vista da proteção das crianças, e que este tenha na sua base apenas uma ligação biológica ou uma adoção regular). Avaliando o impacto que a separação irreversível entre os beneficiários e a criança teve na vida privada dos primeiros, o Tribunal considerou que as autoridades italianas haviam procedido a uma ponderação adequada dos interesses em conflito, e que os interesses públicos deveriam ser tidos como prevaletentes neste caso, a fim de evitar a consolidação no ordenamento jurídico de uma situação criada intencionalmente pelos beneficiários da gestação de substituição em incumprimento de normas importantes do direito italiano. Deste modo, o TEDH concluiu que os tribunais italianos, ao verificarem que a criança não sofreria danos graves ou irreparáveis em consequência da separação, não tinham extravasado da margem de apreciação estadual consentida, pelo que não ocorrera uma violação do artigo 8.º da CEDH.

12. No âmbito do direito da União Europeia, as questões suscitadas pela gestação de substituição relacionam-se com o regime de proteção social da parentalidade dos pais sociais ou pais intencionais, nomeadamente no que se refere à admissibilidade (ou até à necessidade) de interpretação extensiva ou aplicação análoga dos direitos à licença para adoção e à licença de maternidade ou paternidade. O Tribunal de Justiça reconhece que a gestação de substituição coloca problemas quanto à questão de saber se os direitos sociais previstos em instrumentos de direito da União Europeia são aplicáveis às mulheres beneficiárias, mas tende a considerar que, por se tratar de uma realidade nova, a mesma não se encontra tutelada por tais instrumentos. Em qualquer caso, o referido Tribunal não exclui a admissibilidade e relevância daquele modo de constituição de relações parentais, enquanto pressuposto da atribuição de tais direitos.

Por exemplo, no Acórdão de 18 de março de 2014, *C.D. (C-167/12)* — um caso relativo a um reenvio prejudicial proveniente do Reino Unido —, aquele Tribunal entendeu:

«1) A Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho [...], deve ser interpretada no sentido de que os Estados-Membros não são obrigados a conceder uma *licença de maternidade* a título do artigo 8.º desta diretiva a uma trabalhadora, na sua qualidade de mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição, mesmo quando pode amamentar essa criança após o parto ou quando a amamenta efetivamente» (nesta parte, contra as conclusões da Advogada-Geral; itálico aditado);

2) O artigo 14.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados

ao emprego e à atividade profissional, lido em conjugação com o artigo 2.º, n.ºs 1, alíneas a) e b), e 2, alínea c), desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que o facto de um empregador recusar conceder uma *licença de maternidade* a uma mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição não constitui uma discriminação em razão do sexo» (itálico aditado).

Num outro Acórdão, proferido na mesma data, Z. (C-363/12), o Tribunal de Justiça, confirmou que a citada Diretiva 2006/54/CE, nomeadamente os seus artigos 4.º e 14.º, deve ser interpretada no sentido de que «não constitui uma discriminação em razão do sexo o facto de se recusar a concessão de uma *licença remunerada equiparada* à licença de maternidade ou à licença por adoção a uma trabalhadora, na sua qualidade de mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição» (desta feita, em concordância com as conclusões do Advogado-Geral no processo; itálico aditado). E declarou ainda:

«A Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, deve ser interpretada no sentido de que não constitui uma discriminação em razão de uma deficiência o facto de se recusar a concessão de uma *licença remunerada equiparada* à licença de maternidade ou à licença por adoção a uma trabalhadora que sofre da incapacidade de levar uma gravidez a termo e que recorreu a um contrato de maternidade de substituição» (itálico aditado).

Sendo a dignidade do ser humano consagrada como parâmetro fundamental do direito da União Europeia no artigo 1.º da CDFUE, não deixa de ser significativo que o Tribunal de Justiça se limite a afastar o reconhecimento dos invocados direitos sociais pelas Diretivas em análise apenas com base na letra, no sistema e na teleologia dessas mesmas Diretivas, não questionando a admissibilidade de princípio, face a opção político-jurídica nelas vertida, de tais direitos poderem ser reconhecidos aos beneficiários de acordos de gestação de substituição.

B.3. A gestação de substituição no direito comparado

13. A gestação de substituição também tem sido objeto de amplo debate interno em muitos Estados. Em boa parte dos países, existe um *vazio de regulação* relativamente aos procedimentos de gestação de substituição: não se proíbe, mas também não se reconhece legalmente a validade e a eficácia dos contratos de gestação de substituição ou as consequências deles decorrentes. No âmbito de tais ordenamentos, ocorrendo a celebração de contratos de gestação, os beneficiários procuram “validar” as consequências deles decorrentes, por via do recurso ao instituto da adoção.

As soluções legislativas encontradas aí onde existe um *regime legal expreso* podem dividir-se em três grupos fundamentais. Alguns ordenamentos jurídicos permitem e regulam a prática, a título oneroso e, ou, gratuito, estabelecendo vínculos de parentalidade entre os beneficiários e a criança concebida imediatamente após o parto, de forma direta e automática, por força da lei. Noutros ordenamentos, contudo, verifica-se um reconhecimento inicial da gestante como mãe, sendo necessário um processo judicial para atribuição da maternidade e paternidade aos membros do casal beneficiário. Um último grupo de países proíbe e pune a prática da gestação de substituição.

A proibição é, aliás, aliás, a solução típica dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos. Efetivamente, essa é a regra constante das ordens jurídicas da Alemanha,

da Áustria, de Espanha, de França e de Itália. Na Suíça, tal proibição encontra-se estabelecida logo ao nível da Constituição, juntamente com a doação de embriões (cfr. o artigo 119.º, alínea 2, letra d), da *Constitution fédérale de la Confédération suisse*). Ainda no âmbito da União Europeia, há outros Estados-Membros que proíbem expressamente a gestação de substituição, como é o caso da Bulgária e de Malta. A matéria tem sido bastante debatida nos países nórdicos, tendo a Noruega clarificado as regras de reconhecimento da paternidade das crianças nascidas através de gestação de substituição no estrangeiro, embora a prática não seja legal no país. Também não o é na Dinamarca, na Finlândia (onde decorreu sem enquadramento legislativo até 2007, altura em que foi proibida), nem na Suécia (onde um relatório independente solicitado pelo governo, em 2016, concluiu pela necessidade de proibição, em virtude do risco de pressões para a gestante e da falta de conhecimento das consequências da prática para as crianças nascidas através da mesma). Uma proibição expressa vigora também em quatro Estados federados dos Estados Unidos da América: Indiana, Michigan, Nova Jérquia e Nova Iorque.

É ainda importante notar que um grupo relevante de países com legislação mais permissiva nesta matéria tem vindo a adotar restrições importantes. Nesse sentido, alguns Estados passaram a proibir os contratos onerosos de gestação de substituição (por exemplo, a Tailândia, em 2015, e a Índia, em 2016). Foram igualmente introduzidas limitações ao universo subjetivo dos beneficiários possíveis da gestação de substituição, em particular restringindo-se o acesso a nacionais e, ou, estrangeiros legalmente residentes no país (é, por exemplo, o caso, desde 2015, do Nepal e da Índia; a Tailândia, também em 2015, limitou a sua prática gratuita aos casais heterossexuais casados, devendo pelo menos um dos seus membros ter nacionalidade tailandesa). Desta forma, muitos dos países que constituíam elementos chave do mercado internacional de gestação de substituição têm vindo a limitar a prática, reduzindo, assim, as possibilidades de recurso a tais mecanismos por parte dos cidadãos de outros países.

Centrando a atenção em ordenamentos jurídicos de Estados-Membros da União Europeia, é possível, no entanto, encontrar exemplos de vários modelos legislativos no que toca à prática da gestação de substituição.

14. Na *Alemanha*, o recurso à gestação de substituição não é diretamente proibido ou punido. Contudo, a censura jurídica em relação a estes contratos resulta inequivocamente de várias disposições previstas no ordenamento jurídico alemão, designadamente da Lei de Proteção de Embriões (*Embryonenschutzgesetz* — ESchG, v., em especial, o § 1, alíneas 1, n.º 7, e 3, n.º 2: punição de quem realize inseminação artificial ou implante um embrião em mulher disposta a entregar permanentemente a criança após o parto a terceiros [– *Ersatzmutter* –], mas não da gestante nem dos beneficiários), do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* — BGB, v., em especial, os §§ 134 e 138, alínea 1 — nulidade do contrato de gestação de substituição — e 1591 e 1592 — determinação da maternidade com base no facto do nascimento e regras de determinação da paternidade) e da Lei da Adoção (*Adoptionsvermittlungsgesetz* — AdVermiG, v., em especial, os §§ 13c e 14b: respetivamente, proibição da mediação de acordos de gestação e punição criminal dos seus mediadores).

Por outro lado, a jurisprudência tem também vindo a decidir no sentido da invalidade deste tipo de contratos. E, tal como hoje é habitual nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, muitos dos processos judiciais respeitam a casos em que os beneficiários recorrem à gestação de substituição em países onde a

mesma é permitida e faculta o acesso dos beneficiários ao vínculo de filiação, com vista ao posterior reconhecimento da mesma nos seus países de origem.

Uma das decisões mais importantes sobre tal problemática é o acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 10 de dezembro de 2014 (Processo XII ZB 463/13), que, tendo em conta o superior interesse da criança — neste particular seguindo uma orientação perfilhada pelo TEDH — e a ausência de contradição com a ordem pública internacional alemã (nomeadamente por incompatibilidade do reconhecimento com os direitos fundamentais), considerou não existirem impedimentos ao reconhecimento efetuado por um tribunal estrangeiro da paternidade jurídica dos beneficiários (*Wunscheltern*) relativamente a uma criança nascida na sequência do recurso a gestação de substituição. Para o efeito, o *Bundesgerichtshof* entendeu como decisivo o seguinte:

«Desde que esteja garantido que o acordo e a execução da gestação de substituição [*Leihmutterschaft*] segundo o direito aplicado pelo tribunal estrangeiro obedeçam a exigências que salvaguardem a voluntariedade da decisão da gestante de suportar a gravidez e de, após o parto, entregar a criança aos pais intencionais, é a disponibilidade da gestante para proceder a tal entrega comparável à de uma adoção. A dignidade humana da gestante não é violada apenas pela circunstância de estar em causa a concretização de uma gestação de substituição [...] E o mesmo vale, desde logo, também para a criança, que sem a gestante não teria nascido [...]. Caso o tribunal estrangeiro verifique a eficácia do acordo de gestação de substituição e o estabelecimento da filiação jurídica relativamente aos pais intencionais no âmbito de um procedimento conforme às exigências próprias de um Estado de direito, tal decisão, na ausência de dados em sentido contrário, oferece a garantia de que a decisão da gestante é livre, assim como da voluntariedade da entrega da criança aos pais intencionais.

A situação da gestante após o nascimento da criança é, deste modo, comparável à de uma mãe que consente na adoção do seu filho. [...]

A dignidade humana da gestante pode, ao invés, ser violada, caso a gestação de substituição seja realizada em circunstâncias que não assegurem a sua colaboração voluntária, ou caso falem indicações essenciais e completas, quanto à pessoa da gestante, quanto às condições em que esta se dispôs a suportar a gravidez ou quanto ao acordo de gestação [...] ou se, na tramitação do processo junto do tribunal estrangeiro, tiverem sido desrespeitadas garantias procedimentais fundamentais [...].» (Rn. 49-51)

Esta decisão abriu aos casais que por qualquer razão não têm filhos a possibilidade de conservarem na Alemanha uma relação de parentalidade jurídica estabelecida no estrangeiro sem recurso ao procedimento de adoção, não obstante a inadmissibilidade nesse país dos contratos de gestação de substituição (no mesmo sentido, v., por exemplo, o acórdão do *Oberlandesgericht Celle*, de 22 de maio de 2017, Processo 17 W 8/16, que também critica a decisão em sentido contrário do *Oberlandesgericht Braunschweig*, de 12 de abril de 2017, Processo 1 UF 83/13; esta última foi objeto de recurso para o *Bundesgerichtshof*; Processo XII ZB 224/17).

15. Na Áustria, a *Fortpflanzungsgesetz* — *FmedG* (Lei da Reprodução Medicamente Assistida) não contém uma referência explícita à gestação de substituição, pelo que se considera que a mesma não é admissível no ordenamento daquele país. O critério da maternidade é fixado no § 137b do Código Civil, segundo o qual é considerada como mãe a mulher que dá à luz.

Esta regra foi, contudo, afastada em duas decisões do *Verfassungsgerichtshof*, uma de 14 de dezembro de 2011 (Processo B 13/11-10), e a outra de 11 de outubro de 2012 (Processo B 99/12 ua). Perante a questão de saber se crianças nascidas no estrangeiro através do recurso à gestação de substituição poderiam beneficiar da nacionalidade austríaca em situações em que, pelo menos um dos beneficiários é progenitor genético da criança, aquele tribunal respondeu afirmativamente, considerando, no essencial: (i) o superior interesse da criança, já que a aplicação da regra geral prevista no § 137b do Código Civil determinaria que a gestante fosse considerada a mãe jurídica da criança que dera à luz, forçando-a a assumir a responsabilidade parental contra a sua vontade e sem atender ao facto de a mesma não possuir qualquer ligação genética com a criança; (ii) que a aplicação da referida norma iria não só impedir que a criança pudesse ficar à guarda dos seus progenitores genéticos e excluí-la de vários direitos possíveis (v.g. direitos sucessórios), como poderia fazer com que ela fosse considerada apátrida, caso o Estado da nacionalidade da gestante não lhe permitisse requerer a cidadania desta (v.g. Ucrânia). Por outro lado, o *Verfassungsgerichtshof* considerou que, nos termos do artigo 8.º da CEDH, o direito ao respeito pela vida privada e familiar inclui o direito da criança de adquirir a nacionalidade quando existe uma relação de parentesco entre a criança e os progenitores, pelo que deveria ter-se por constitucionalmente excluída a aplicação da citada norma do Código Civil para determinar a parentalidade jurídica (e, conseqüentemente, a nacionalidade) das crianças nascidas no exterior com recurso à gestação de substituição.

16. Em *Espanha*, vigora uma proibição legal absoluta de recurso à gestação de substituição (*Ley 14/2006, de 26 de mayo*, artigo 10.º — *Gestación por sustitución* — n.º 1: «[s]erá nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»). Ainda nos termos da lei, a gestante deverá ser tida, para todos os efeitos, como mãe da criança que vier a nascer na sequência de um contrato de gestação, embora seja possível que o elemento masculino do casal beneficiário do contrato que tenha doado gâmetas seus, possa reivindicar a paternidade da criança. Por sua vez, o artigo 221.º do Código Penal espanhol criminaliza várias condutas praticadas em cumprimento de contratos de gestação de substituição onerosos: a entrega da criança pela gestante (n.º 1), a receção da criança pelos beneficiários e as condutas praticadas pelos intermediários neste tipo de contratos (n.º 2).

No plano jurisprudencial, cumpre destacar a *Sentencia 835/2013* de 6 de fevereiro de 2014 do *Tribunal Supremo*, confirmatória de decisões das instâncias que haviam recusado o reconhecimento da filiação feito pelas autoridades americanas, relativamente a uma criança nascida nos Estados Unidos através do recurso à gestação de substituição com material genético de um cidadão espanhol casado com pessoa do mesmo sexo e de uma terceira dadora. O tribunal considerou que tal recusa se baseava apenas no tipo de procedimento utilizado (gestação de substituição), sustentando que o reconhecimento da parentalidade em violação dos critérios estabelecidos na lei espanhola atentaria contra a dignidade da gestante e do menor, «mercantilizando a gestação e a filiação, “coisificando” a mulher e a criança».

17. Em *França*, a gestação de substituição foi proibida de forma expressa pelo legislador em 1994, após a entrada em vigor das denominadas «*lois bioéticas*», as quais introduziram diversas alterações no *Code Civil*, no *Code de la Santé Publique* e no *Code Pénal*. Uma das inovações consistiu no aditamento do artigo 16-7 ao *Code*

Civil, que estatui a nulidade de qualquer convenção tendo por objeto a procriação ou a *gestation pour le compte d'autrui*. Esta solução legal foi concebida na sequência de uma importante decisão da *Cour de Cassation* de 1990, confirmativa da nulidade de uma associação (denominada «*Alma mater*»), que se dedicava à intermediação de procedimentos de gestação de substituição. O tribunal considerou que os acordos promovidos por esta associação eram ilícitos, devido ao seu objeto, e contrários à ordem pública, por violarem o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas.

O *Code Pénal*, no seu artigo 227-12, primeiro parágrafo, criminaliza o incitamento ao abandono de uma criança, dispondo o seguinte: «*le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende*». Esta solução visa dar resposta a uma realidade muito frequente em França. Com efeito, desde a década de 80 do século passado que se tem recorrido ao instituto da adoção para encobrir contratos de gestação de substituição, através de um expediente simples: uma mulher aceita ser inseminada com o esperma do beneficiário e compromete-se a exercer, após o nascimento da criança, o direito existente no ordenamento jurídico francês de não ser declarada como mãe da criança (*système d'accouchement sous X*). Por sua vez, o beneficiário perfilha a criança e, após passar a deter as responsabilidades parentais, permite a adoção da mesma pelo seu cônjuge. Esta prática foi condenada pela *Cour de Cassation*, que, anulando a decisão recorrida, confirmou a decisão do tribunal de primeira instância de não autorizar a adoção de uma criança nestas condições (*Arrêt* de 31 de maio de 1991, Processo 90.20105). Segundo a *Cour de Cassation*, aquele procedimento constitui uma deturpação do instituto da adoção e um atentado aos princípios da indisponibilidade do corpo humano e do estado das pessoas.

A lei francesa é omissa no que respeita à determinação da filiação das crianças nascidas ao abrigo de contratos de gestação nulos. Perante o silêncio da lei, essa determinação tem vindo a ser feita pela jurisprudência. Com efeito, após a entrada em vigor das «*leis bioéticas*», os processos mais frequentes discutidos nos tribunais franceses neste âmbito têm incidido sobre casos em que os cidadãos, de nacionalidade francesa, recorrem à gestação de substituição em países em que a mesma é lícita, pretendendo os mesmos ver posteriormente reconhecida a filiação da criança no ordenamento jurídico francês.

Num primeiro momento, a *Cour de Cassation* recusou a transcrição do registo de nascimento das crianças nascidas nestas circunstâncias, fazendo prevalecer o princípio da proibição da gestação de substituição sobre o superior interesse da criança, a fim de combater o “turismo reprodutivo”. Para tanto, aquele tribunal considerou que o reconhecimento de efeitos a um contrato de gestação implicaria uma violação de um princípio essencial do direito francês — o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas —, pelo que a recusa do reconhecimento da filiação decorrente desse contrato era legítima à luz da ordem jurídica internacional francesa (*Arrêt* n.º 1285, de 17 de dezembro de 2008, e *Arrêts* n.ºs 369, 370 [*Mennesson*] e 371 [*Labasse*], de 6 de abril de 2011). Ainda assim, o tribunal não deixou de reconhecer que o não reconhecimento em França da filiação relativamente aos beneficiários do contrato de gestação não anulava a sua existência à luz do direito norte-americano nem impedia a criança de viver em França com o progenitor genético e o outro beneficiário. A mesma recusa de transcrição também foi justificada com o argumento de fraude à lei (*Arrêts* n.ºs 1091 e 1092, de 13 de setembro de 2013, e n.º 281, de 19 de março de 2014).

Tal oposição à transcrição dos registos de nascimento de crianças concebidas no estrangeiro através do recurso a contratos de gestação de substituição foi, todavia, condenada pelo TEDH (cfr. *supra* no n.º 11 a jurisprudência do TEDH relativa aos casos *Mennesson, Labassee, Foulon e Bouvet*). Em consequência, a *Cour de Cassation* passou a entender que o recurso a um contrato de gestação de substituição, *só por si*, designadamente por força dos aludidos princípios da indisponibilidade do estado ou da proibição de fraude à lei, não justifica, a recusa de transcrição; a transcrição do registo de nascimento de uma criança nascida no estrangeiro com recurso a um contrato de gestação onde se encontre estabelecida a filiação relativamente ao pai biológico deve ser admitida, desde que o ato estrangeiro seja formalmente regular e substancialmente verdadeiro, isto é, que não seja falsificado e os factos nele declarados correspondam à realidade (*Arrêts* — da *Assemblée plénière* — n.ºs 619 e 620, de 3 de julho de 2015). *Como foi notado no pertinente comunicado do próprio tribunal, os registos cuja transcrição estava em causa mencionavam, como pai, aquele que realizou um reconhecimento de paternidade e, como mãe, a gestante que deu à luz a criança. Ou seja, não estava em causa a transcrição de um registo em que a filiação estabelecida no estrangeiro respeitasse a “pais sociaux” ou “pais intentionais” (parents d’intention) — isto é, a pais que, não tendo qualquer relação genética com a criança, pretendem apenas assumir em relação à mesma as correspondentes responsabilidades parentais.*

Esta última questão foi objeto de quatro decisões da Cour de Cassation, datadas de 5 de julho 2017, no sentido de que, estando em causa uma criança nascida através do recurso a gestação de substituição realizada no estrangeiro, o ato de registo, na parte em que a “mãe social” figure como “mãe” (para efeitos de assunção das responsabilidades parentais), não pode ser transcrito (v. Arrêts n.ºs 824, 825, 826 e 827). Ou seja, nessas circunstâncias, a transcrição é admissível na parte em que é reconhecida a paternidade do pai biológico, já que, no seguimento da jurisprudência de 2015, uma gestação de substituição realizada no estrangeiro, de per si, não constitui obstáculo à transcrição de um registo que reflita a realidade dos factos. Por outro lado, a existência de tal gestação, por si só, também não obsta à adoção da criança pelo cônjuge do respetivo pai. Na verdade, a Lei de 17 de maio de 2013 (casamento entre pessoas do mesmo sexo) tem como efeito permitir, por via da adoção, o estabelecimento de um vínculo de filiação entre uma criança e duas pessoas do mesmo sexo sem qualquer restrição relativa ao modo de procriação.

Em suma, a jurisprudência francesa mantém a proibição da gestação de substituição, considerando, no entanto, que a mesma proibição não pode contrariar — nem contraria — o interesse das crianças nascidas com recurso a tal modalidade de procriação que residam em França.

18. A Grécia é, atualmente, o Estado-Membro da União Europeia com uma legislação mais permissiva no que se refere à gestação de substituição. As normas jurídicas relativas a esta prática constam do artigo 1458.º do seu Código Civil (aditado pela Lei da Procriação Medicamente Assistida, de 2002) e do artigo 13.º da Lei n.º 3305/2005 («*Enforcement of Medically Assisted Reproduction*»).

Permite-se o acesso a casais heterossexuais e a mulheres solteiras, quando a beneficiária não possua capacidade para proceder à gestação ou para realizar o parto, estando excluídos os casais do mesmo sexo. Tanto os beneficiários como a gestante devem ser cidadãos gregos ou residentes na Grécia (artigo 8.º da Lei n.º 3089/2002), requisito que se tem verificado essencial para afastar da Grécia os casos de “turismo reprodutivo” que têm ocorrido nos países que não consagram uma exigência seme-

lhante (particularmente, os Estados Unidos, a Ucrânia, a Rússia e, até há bem pouco tempo, a Índia).

Os contratos onerosos de gestação de substituição são proibidos, havendo sanções penais para quem participe (como parte no contrato ou intermediário) em procedimentos de gestação de substituição que violem o regime legal.

Exige-se que a criança seja concebida com o recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário e proíbe-se a substituição genética. Com efeito, o referido artigo 1458.º é claro no sentido de não ser admissível que a criança seja gerada com o recurso a gâmetas da gestante. Este impedimento assume uma importância basilar no regime jurídico grego, na medida em que o mesmo se encontra baseado no princípio de que seria moral, social e juridicamente intolerável obrigar uma mulher a entregar a outra mulher uma criança com a qual partilha uma ligação genética. Por seu turno, a norma já não é tão clara quanto à possibilidade de utilização de gâmetas de um terceiro dador caso um dos beneficiários seja infértil, tendo a doutrina maioritária vindo a considerar que, perante a ausência de uma proibição expressa nesse sentido, se deve admitir essa possibilidade.

A realização do procedimento de gestação de substituição está dependente de *autorização judicial prévia*, cabendo ao tribunal apreciar o cumprimento dos requisitos legais por parte dos intervenientes e a validade do contrato de gestação. Deste modo, visa-se assegurar a legalidade da realização deste procedimento, só podendo os intervenientes dirigir-se à clínica médica para efetuar o procedimento após a autorização judicial. Em caso de inexistência desta decisão judicial, o procedimento de gestação de substituição não produzirá os efeitos previstos na lei, sendo aplicável a regra geral prevista no Código Civil, nos termos da qual a maternidade é atribuída à mulher que dá à luz a criança.

Ainda nos termos da legislação em vigor, quando o procedimento de gestação de substituição cumpra o disposto na lei, após o nascimento da criança presume-se que a mãe é a mulher beneficiária que obteve autorização judicial para celebrar o contrato de gestação, constituindo esta presunção uma exceção à regra *mater semper coerta*. Contudo, no prazo de 6 meses após o nascimento, a gestante ou a mulher beneficiária podem ilidir judicialmente essa presunção, se provarem que a criança foi concebida com material genético da gestante, sendo então esta última declarada judicialmente a mãe da criança. O regime jurídico grego assenta, pois, numa distinção central consoante exista substituição genética ou substituição meramente gestacional (a única que é legalmente permitida), considerando, no primeiro caso, que a mãe é a gestante, e, no segundo, que mãe é a mulher beneficiária, após uma decisão judicial nesse sentido.

19. Em *Itália*, a gestação de substituição é legalmente proibida e criminalizada, nos termos da *legge 19 febbraio 2004, n. 40*, de 19 de fevereiro de 2004, artigo 12.º, n.º 6, respeitante às condutas de realização, de organização e de publicitação da gestação de substituição, gratuita ou onerosa. Apesar de disposições desta lei relacionadas com a proibição de PMA de cariz heterólogo terem sido consideradas inconstitucionais pela *Sentenza n. 162/2014*, de 9 de abril de 2014, na mesma decisão, a *Corte Costituzionale* considerou que, ao invés, a proibição constante do referido artigo 12.º, n.º 6, é legítima.

Contudo, a lei italiana é totalmente omissa no que respeita às consequências jurídicas decorrentes da celebração deste tipo de contratos no estrangeiro. Na falta de disposição expressa a regular as consequências dos contratos de gestação, a dou-

trina e a jurisprudência têm vindo a considerar que, no tocante ao estabelecimento da filiação, é de aplicar o princípio geral estabelecido no terceiro parágrafo do artigo 269.º do Código Civil, segundo o qual é mãe a mulher que dá à luz o filho.

A matéria da gestação de substituição tem vindo a ser objeto de vários processos judiciais, havendo, à semelhança de outros ordenamentos, decisões distintas e, por vezes, contraditórias sobre a matéria. A maioria dos casos em juízo respeitaram, após a lei de 2004, a tentativas de reconhecimento, em Itália, da parentalidade de crianças nascidas através de gestação de substituição no estrangeiro, tendendo os tribunais italianos a não reconhecer a filiação estabelecida no exterior com base em tais contratos (as sentenças respeitantes ao caso *Paradiso e Campanelli* são exemplo disso mesmo; em sentido idêntico, num caso em que nenhum dos “pais intencionais” havia contribuído geneticamente para a geração da criança, v. a *Sentenza n. 24001*, de 11 de novembro de 2014, da *Corte di Cassazione*). De resto, a *Corte Costituzionale*, ainda que em *obiter dictum*, já declarou que a gestação de substituição (*maternità surrogata*) «ofende de modo intolerável a dignidade da mulher e mina profundamente as relações humanas» (v. *Sentenza n. 272/2017*, de 22 de novembro de 2017).

20. O *Reino Unido* consagra o que pode qualificar-se como uma “solução intermédia” em relação à gestação de substituição. Na verdade, o país foi dos primeiros a regulamentar a prática, em 1985, com a entrada em vigor do *Surrogacy Arrangements Act*. Atualmente, a disciplina jurídica da gestação de substituição encontra-se essencialmente contida neste diploma e no *Human Fertilization and Embriology Act*, de 2008, tendo o regime vigente as seguintes características fundamentais: (i) os beneficiários devem ser casais, heterossexuais ou homossexuais, que se encontrem unidos pelo matrimónio, por união civil ou por união de facto; (ii) os contratos de gestação não são judicialmente executáveis contra a vontade de qualquer dos intervenientes; (iii) são proibidos e criminalmente punidos os contratos onerosos de gestação; (iv) não se exige autorização judicial ou administrativa prévia do contrato de gestação; (v) a criança deve ser concebida com recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário; (vi) é proibida a substituição genética (ou seja, a utilização de gâmetas da gestante, o que faria com que a criança fosse geneticamente sua); e (vii) consagra-se um modelo de transferência judicial da parentalidade da criança, após o nascimento — em regra, através de uma “ordem de parentalidade” (*parental order*), nos primeiros seis meses de vida do menor - sendo a gestante legalmente considerada como mãe até então.

A figura jurídica da ordem de parentalidade constitui, assim, elemento fundamental para a solução das situações de gestação de substituição. Nestes termos, e apesar de a criança ser legalmente considerada filha da gestante após o nascimento, permite-se a posterior transferência, *por via judicial*, da parentalidade do menor para os beneficiários do contrato de gestação, uma vez verificado estarem cumpridos os pressupostos legais (por exemplo, pedido realizado nos primeiros seis meses após o nascimento da criança; esta deve encontrar-se a residir no Reino Unido, com o casal beneficiário, no momento em que o pedido é efetuado e no momento em que a ordem é emitida; é necessário o consentimento da gestante e do seu cônjuge, o qual, no caso da gestante, só é válido se emitido 6 semanas após o parto; finalmente, tem de haver comprovação judicial da inexistência de um contrato oneroso de gestação).

Este modelo (do qual se aproximam as soluções de cinco dos treze Estados federados norte-americanos que admitem expressamente a gestação de substituição: Alabama, Califórnia, Flórida, Texas e Utah) consagra, pois, uma solução de com-

promisso, centrada em acautelar o superior interesse da criança neste complexo tipo de procedimentos, permitindo que esta possa ser juridicamente considerada como filha dos seus progenitores genéticos, que serão, em regra, as pessoas que para ela tinham, desde o primeiro momento, um projeto parental. É ainda um modelo que salvaguarda fortemente a posição da gestante, cujo consentimento esclarecido e consciente é exigido em todas as fases do processo.

B.4. O modelo português de gestação de substituição à luz da dignidade da pessoa humana

21. Como se viu, o recurso à gestação de substituição é uma prática disseminada a nível mundial, suscitando interrogações no plano ético, bem como diversos problemas jurídicos. As exigências decorrentes da tutela dispensada aos direitos da criança no plano internacional e da proibição de mercantilizar o corpo humano ou as suas partes e a análise do respetivo enquadramento nos ordenamentos jurídicos de outros Estados permitem traçar um quadro elucidativo do tipo de questões axiológico-jurídicas associadas a tal modo de procriação. É um tema de fronteira e não consensual respeitante à delimitação das formas ética, cultural e socialmente aceites de procriar no âmbito do qual interesses até há pouco naturalmente harmonizados podem surgir em oposição.

Daí não surpreender que nos ordenamentos que consagram expressamente a dignidade do ser humano como um bem fundamental inviolável — e hoje, nos termos do artigo 1.º da CDFUE, em conjugação com cláusulas abertas de direitos fundamentais ou com diretrizes de interpretação conforme (e sem prejuízo do âmbito de aplicação da mesma Carta previsto no seu artigo 51.º), tal vale não só para a própria União Europeia, como para a generalidade dos seus Estados-Membros —, se suscite o *problema da compatibilidade de princípio* da gestação de substituição — isto é, logo num plano conceptual do próprio instituto jurídico recortado segundo um determinado perfil —, com aquele valor. A questão pode colocar-se *diretamente*, com referência às soluções do ordenamento interno, ou *indiretamente*, a propósito de problemas como o do reconhecimento da filiação estabelecida no estrangeiro, como sucedeu, por exemplo, na Alemanha e em Itália (e, no mesmo plano de análise, mas sem referência imediata à compatibilidade com a dignidade humana, também em França).

No que respeita a Portugal, a questão vem diretamente colocada no presente processo, uma vez que um dos parâmetros convocados para o controlo da constitucionalidade do artigo 8.º da LPMA é a dignidade da pessoa humana, prevista nos artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa. Com efeito, no entender dos requerentes, a gestação de substituição consubstancia uma inaceitável *mercantilização do ser humano*, quer no que respeita à gestante, cujo corpo se transformaria num objeto ao serviço dos beneficiários, quer relativamente à criança, que desde antes do nascimento seria objeto de um negócio jurídico.

Se o referido artigo 67.º, n.º 2, alínea e), visou resolver o problema genérico da admissibilidade das técnicas de PMA, o mesmo também deixa muito claro que tal solução normativa não reconhece um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado atual da técnica, visto que exclui, à partida, as formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana (cfr., por exemplo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. VII ao artigo 69.º, pp. 869-870).

A determinação do que possa constituir uma lesão da dignidade da pessoa humana neste contexto surge, pois, como elemento indispensável para uma adequada compreensão daquela imposição constitucional de regulação. Nesse sentido, afirma-se no já citado Acórdão n.º 101/2009:

«O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. [...]»

Torna-se, assim, necessário determinar o sentido substancial que deve ser atribuído à menção da salvaguarda da dignidade humana, uma vez que dele depende a delimitação do espaço de livre conformação do legislador em matéria de regulação da PMA. Como mencionado, a gestação de substituição pressupõe o recurso a uma técnica de PMA heteróloga, diferenciando-se, depois, em virtude da utilização do corpo de outra mulher que não a beneficiária do processo (cfr. o Parecer n.º 87/CNECV/2016, n.º IV.4, p. 15).

Ou seja, face ao artigo 8.º da LPMA, deve este Tribunal começar por controlar se o legislador, ao aprovar aquele preceito, respeitou os limites constitucionais que balizam a sua atuação neste domínio, nomeadamente aqueles que decorrem da dignidade da pessoa humana. Nestes termos, a primeira, e fundamental, questão de constitucionalidade que se coloca a propósito da gestação de substituição é a de saber se, como sustentam os requerentes, os negócios jurídicos legalmente previstos que têm por objeto a utilização temporária do corpo de um ser humano (a gestante) para gerar outro (a criança a nascer por via de tal modo de procriação) não serão incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

22. Não é demais salientar a importância estruturante e a função legitimadora da dignidade humana enquanto base da República: esta é um Estado de direito democrático porque baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular (artigos 1.º e 2.º da Constituição). Mas a segunda está subordinada à primeira; «não se lhe contrapõe como princípio com que tenha de se harmonizar, porquanto é a própria ideia constitucional de dignidade que a exige como forma de realização [...A] dignidade da pessoa é axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada — não é outro, aliás, o significado da prevalência dos direitos fundamentais sobre a lei» (assim, v. ANTÓNIO CORTÊS in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. III ao artigo 1.º, pp. 77-78; v., igualmente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. VI ao artigo 1.º, p. 198, referindo-se à dignidade como “valor-limite”).

Daí, também, a conexão entre a dignidade humana e o sistema de direitos fundamentais: este concretiza a juridicidade do Estado porque aquela é um dos critérios legitimadores do poder estadual. Assim, a dignidade da pessoa humana é o «étimo fundante da República e dos direitos fundamentais» (Acórdão n.º 121/2010) e, por isso, «o sistema dos direitos fundamentais detém uma unidade de sentido, que se organiza em torno da ideia da dignidade das pessoas» (Acórdão n.º 465/2012). Mas, considerando a dignidade da pessoa humana em si mesma, este Tribunal entende-a numa dimensão objetiva e autónoma:

«Ao fazer um apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da procriação medicamente assistida, o preceito remete para o estabelecido no artigo 1º

da Constituição, onde se declara que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. [...] Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjetivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos» (Acórdão n.º 101/2009).

Como refere MARIA LÚCIA AMARAL, «o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas» (v. Autora cit., “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, 2007, pp. 4 e ss., pp. 4-5; v. também REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 78 e ss.). Mas, como sublinhado no Acórdão n.º 101/2009 no último trecho citado, tal não impede que o mesmo princípio tenha um valor próprio e que desempenhe diversas funções relevantes em matéria de direitos fundamentais — desde logo, no que se refere ao princípio da igualdade (cfr. o artigo 13.º, n.º 1, da Constituição) e, bem assim, por exemplo, no tocante à identificação de direitos não escritos ou como critério de interpretação e de ponderação nos conflitos entre direitos (v., por último, as referências em BENEDITA MAC CRORE, “o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição da república portuguesa” in AFONSO VAZ, CATARINA SANTOS BOTELHO, LUÍS HELENO TERRINHA e PEDRO COUTINHO (Coord.), *Jornada nos Quarenta Anos da Constituição da República Portuguesa — Impacto e Evolução*, Universidade Católica Editora — Porto, 2017, pp. 104 e ss., p. 108) — em consonância, de resto, com a necessária articulação das suas múltiplas dimensões («a dignidade como *dimensão intrínseca* do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de *prestações* [e] a dignidade como expressão do *reconhecimento* recíproco» — v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. VIII ao artigo 1.º, p. 199).

Estes últimos Autores salientam que o valor próprio e a dimensão normativa específica da dignidade humana — a dimensão intrínseca e autónoma de cada ser humano —, constituindo embora um “dado prévio”, não é «um dado fixista, invariável e abstrato[, uma vez que se articula] com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma *constante antropológica*, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana» (v. *idem, ibidem*). Esta dialética entre o intrínseco-permanente que constitui um *prius* e a abertura inerente à natureza histórico-cultural da pessoa não é fácil de concretizar positivamente, para mais no quadro de uma sociedade democrática e plural.

E o Tribunal Constitucional tem reconhecido isso mesmo, seja recusando identificar a dignidade humana a partir de um dado sistema de valores, éticos, morais ou religiosos, ou uma certa tradição filosófico-cultural, perspetivando-a como um conceito axiologicamente fixo ou “fechado”; seja recusando considerar tratar-se apenas de uma “norma de receção” de concepções filosóficas predominantes na sociedade (e, nessa medida, de um conceito totalmente aberto e sem um conteúdo próprio). Ao mesmo tempo, e com todas as cautelas, o Tribunal não afasta a possibilidade de tal princípio operar como parâmetro de apreciação da inconstitucionalidade, reconhecendo um *primado de concretização* ao legislador democrático (v., por exemplo, os

Acórdãos n.ºs 105/90 e 359/2009). E, perante soluções legais concretas, o Tribunal reconhece relevo particular à «convergência de soluções legislativas em ordenamentos que, com o português, sem dúvida se integram na mesma básica “civilização jurídica” — e civilização a que justamente é comum a mesma ideia e pressuposto fundamental da “dignidade da pessoa humana”» como «mais um índice ou fator (e particularmente significativo)» de que uma dada solução legal «não implica violação daquele princípio ou pressuposto jurídico essencial, tal como deve ser entendido no quadro constitucional português» (assim, v. o Acórdão n.º 105/90).

É neste quadro problemático que o Tribunal Constitucional tem vindo a concretizar a referida dimensão intrínseca da dignidade humana a partir da sua violação, reconhecendo um importante valor heurístico à chamada “fórmula do objeto” de Günter Dürig («a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado [*herabgewürdigt*] a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível»). Fê-lo, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 130/88, 426/91, 89/2000 ou 144/2004. Se é inerente ao *ser-humano de cada um* — ou seja, a todo e qualquer indivíduo da espécie humana — ter “direito a ter direitos” e, portanto, a qualidade de *sujeito* titular dos direitos que lhe asseguram o exercício da autonomia na definição e prossecução dos seus fins próprios — os direitos fundamentais —, daí decorre necessariamente que *cada um enquanto ser humano* não possa ser degradado, desde logo pelos poderes públicos, a mero *objeto*, isto é, não possa ser tratado como simples meio para alcançar fins que lhe sejam totalmente estranhos.

É a partir desta conclusão que opera o critério de verificação da eventual violação da dignidade humana em torno da proibição de a pessoa ser reduzida a um simples instrumento de fins alheios e, nessa medida, coisificada e tratada como mero objeto (cfr. REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 112). Ou seja, «a inconstitucionalidade advém do facto de a pessoa ser utilizada *só como meio* e, por isso, a atenção é funcionalmente colocada a incidir sobre a definição do que é um tratamento juridicamente censurável da pessoa como *meio*, como *objeto*, sobre o sentido dessa *coisificação* ou dessa *instrumentalização*» (v. *idem*, *ibidem*, p. 113).

Por outro lado, e uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana também postula um valor intrínseco de cada ser humano, assumindo a sua integridade e uma capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética, não se pode excluir a relevância do consentimento livre e esclarecido de quem, relativamente a atuações ou situações que, sendo impostas e não consentidas, atentariam contra a dignidade do sujeito. Com efeito, mesmo reconhecendo poder haver exceções, o consentimento em causa, desde que temporário e não irremediavelmente lesivo da autodeterminação futura do sujeito, constitui, ele próprio, um modo legítimo de afirmação da dignidade humana. E esta vertente da dignidade humana — que também pode estar presente no quadro das relações entre os particulares e os poderes públicos — é fundamental para enquadrar as relações horizontais fundadas na autonomia dos sujeitos e frequentemente regidas por normas de carácter permissivo.

Finalmente, importa não descurar a já mencionada importância do direito internacional e do direito comparado para a fixação de um *standard* tão universal como a dignidade do ser humano (cfr. os Acórdãos n.º 105/90, acima referido, e n.º 101/2009, no trecho citado *supra* no n.º 6). A sua consideração permite prevenir «pré-juízos paroquiais» (*parochiale Befangenheit*) e um «exacerbamento das peculiaridades jurídicas» nacionais:

«Se não se quiser determinar a defesa da dignidade humana apenas a partir do contexto nacional e de condicionamentos históricos particulares, há que recorrer ao direito comparado. Tal é particularmente importante à medida que uma sociedade vai perdendo a sua homogeneidade de valores [*Werthomogenität*]. Em especial, o olhar sobre a legislação e a jurisprudência de outros países com elevados *standards* quanto às exigências de um Estado de direito (como é o caso dos Estados-Membros da União Europeia, dos EUA e outros Estados da família jurídica anglo-americana) assegura um significativo ganho de legitimidade e racionalidade. Precisamente quando se toma a sério a dignidade humana como um *standard* intangível e universalmente vinculativo, não se deve censurar precipitadamente como lesivos de tal dignidade modelos de regulação jurídica de outros modernos Estados de direito. De outro modo, corre-se o risco de a dignidade humana passar a alojar escalas de valor puramente nacionais» (assim, v. MATTHIAS HERDEGEN in MAUNZ-DÜRIG *Grundgesetz Kommentar*, C.H.Beck, München, Lfg. 55, Mai 2009, Art. 1 Abs. 1, Rn. 43).

B. 4.1. A questão da dignidade da gestante de substituição

23. No que se refere à *gestante de substituição*, consideram os requerentes que um acordo de gestação de substituição, independentemente de ser gratuito ou oneroso, implica a sua instrumentalização ao serviço de um desejo de ter filhos dos beneficiários, «praticamente desaparecendo enquanto sujeito de direitos»: a «mãe gestante converte-se numa incubadora ao serviço dos beneficiários» num «processo de coisificação» incompatível com a sua dignidade. Apesar de reconhecerem que, no quadro excecional em que a lei admite a gestação de substituição, a gestante também satisfaz «um louvável espírito altruísta e de solidariedade», desvalorizam tal circunstância por a realidade ser, na grande maioria das vezes, outra, a que corresponde a expressão de sentido pejorativo “barrigas de aluguer”. Em suma, de acordo com tal perspetiva, a violação da dignidade da pessoa humana é uma consequência necessária da gestação de substituição, porquanto esta coenvolve uma inaceitável exploração reprodutiva e a utilização do corpo da mulher.

24. Em primeiro lugar, importa não desconsiderar a *natureza gratuita* dos contratos de gestação de substituição. Tal como na LPMA, só esses são permitidos na Grécia e no Reino Unido. E, em muitos outros países o esforço de limitar o mercado internacional de gestação de substituição passa pela proibição de contratos onerosos. Além disso, a gratuitidade é mais uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia.

Não menos importante e significativo, é o diferente sentido e alcance que a gestação de substituição gratuita assume para a gestante, em especial num quadro legal como o português, em que tal método de procriação só é admissível a título subsidiário («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»). Com efeito, a sua intervenção no projeto parental dos beneficiários é co-constitutiva, já que o mesmo não pode assentar exclusivamente no desejo de ter filhos destes últimos. É igualmente essencial a *solidariedade ativa* da gestante, traduzida na vontade de que aqueles concretos beneficiários sejam os pais da criança que ela venha a dar à luz. Para haver gestação de substituição de acordo com as disposições da LPMA, os beneficiários têm de querer ser pais e a gestante tem de querer que os beneficiários sejam pais. E, por isso mesmo, ao aceitar colaborar

ativamente com os beneficiários, a gestante, apesar de se submeter a técnicas de PMA, não assume um projeto parental próprio — ser mãe da criança que vier a dar à luz —, visando antes possibilitar a concretização do projeto parental daqueles (cfr. *supra* o n.º 8). Nessa exata medida, este *projeto parental*, sem deixar de ser próprio dos beneficiários, é também *partilhado* pela gestante: os beneficiários e a gestante querem *todos* que os primeiros tenham uma criança que seja sua filha, não obstante ter sido dada à luz pela segunda (cfr. o artigo 8.º, n.ºs 1 e 7, da LPMA). E é com base nesta convergência de vontades — *rectius*: é reconhecendo a sobredita convergência de vontades no pressuposto de a mesma ser válida e eficaz — que a lei prevê um regime especial de estabelecimento da filiação que afasta a regra geral do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil.

Por outro lado, além de não se poder analisar uma figura jurídica somente a partir das suas patologias — como se o seu funcionamento saudável não seja possível ou sequer imaginável ou deva ser considerado como totalmente irrealista —, a verdade é que o legislador se preocupou em estabelecer condições mínimas que assegurem o requisito positivo da gratuidade da gestação de substituição: proíbe pagamentos e doações à gestante, excetuadas as compensações de despesas efetivamente incorridas (artigo 8.º, n.º 5, da LPMA) e exige que as partes do contrato de gestação de substituição não tenham entre si vínculos de subordinação económica (n.º 6 do mesmo preceito). Nada na lei impede que o clausulado contratual reforce estes aspetos, embora também não imponha qualquer tipo de cláusulas especificamente votadas a tal desiderato. Mas, em todo o caso, o legislador sanciona civil e penalmente a onerosidade daquele tipo de contratos ou o aproveitamento económico dos mesmos por parte de terceiros (artigos 8.º, n.º 12, e 39.º, n.ºs 1, 2 e 6, da mesma Lei). Em especial, no respeitante à sanção criminal, deve salientar-se que a tentativa é punível e que, em qualquer caso, estão em causa crimes públicos. Isto significa que uma mera denúncia ou suspeita é suscetível de desencadear uma investigação criminal, mobilizando os meios públicos de controlo da legalidade mais eficazes.

Em suma, a gratuidade da gestação de substituição consagrada no ordenamento português é um dos seus traços essenciais e o legislador adotou medidas efetivas tendentes a garanti-la minimamente, pelo que tal característica tem de ser relevada na análise da admissibilidade constitucional da figura. De resto, foi também essa a conclusão do CNECV na apreciação que fez em 2012 de tal aspeto no seu domínio específico de atuação (cfr. o Parecer n.º 63/CNECV/2012, ponto 2, al. a), p. 9, que refere, como decisivo para a aceitação da gestação de substituição apesar de todos os riscos e incertezas, «a exigência da sua natureza absolutamente gratuita»).

Pelo exposto, o argumento invocado quanto à exploração económica da gestante não procede em face do modelo português de gestação de substituição.

25. Em segundo lugar, há que analisar o argumento da instrumentalização da gestante de substituição, segundo o qual esta é reduzida à condição de um simples meio — uma incubadora, isto é, um objeto ao dispor dos interesses reprodutivos de terceiro —, aparecendo a sua dignidade «capturada pela liberdade»; o que conduziria a uma nova e grave forma de discriminação da mesma face ao homem, por poder ser tratada como objeto, e, conseqüentemente, a uma posição de clara inferioridade face a este (cfr. PAULO OTERO, “A dimensão ética da maternidade de substituição” in *Direito e Política*, n.º 1, Outubro- Dezembro, 2012, pp. 82 e ss., pp. 85-86; no mesmo sentido, v. JOÃO LOUREIRO, “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação — Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substi-

tuição” in AAVV (Coord.), *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais — Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 1387 e ss., p. 1413: «a gestante é degradada ao papel de incubadora, numa clara instrumentalização»).

O mesmo argumento surge ampliado e reforçado na perspectiva de ESTRELA CHABY: a gestação de substituição afronta a dignidade da gestante, porque implica não apenas a instrumentalização de uma parte do corpo da mulher, mas sim a utilização de todo o seu corpo, durante a plenitude do tempo que dura a gestação. Uma vez que o corpo não é separável da pessoa nem a gravidez corresponde a uma “condição médica”, mas sim a um estado durante o qual a mulher mantém e utiliza a sua liberdade de viver, à gestação de substituição é inerente a utilização de outra pessoa em todas as dimensões da vida. Por isso mesmo, no contrato de gestação são usualmente especificados uma série de deveres e obrigações que esta terá de cumprir (cfr. a Autora cit., “Direito de constituir família, filiação e adopção...” cit., pp. 353-355). Nas palavras de SYLVIANE AGACINSKY, seguida de perto neste particular por aquela Autora, «a mera *utilização* do ventre [em benefício de terceiro], mesmo que pudesse não ser mercantilizada, é contrária à dignidade, porque faz da própria *existência* de um ser humano um meio ao serviço de outrem» (Autora, cit., *Corps en Miettes*, Flammarion, Paris, 2013, p. 93). Nesse sentido, a gestação de substituição implica um direito à utilização do outro contrário à dignidade da pessoa humana.

Estas posições, todavia, deixam na sombra o papel ativo da gestante, ignorando as suas motivações, e sobrevalorizam os condicionamentos à sua vida decorrentes de uma gravidez.

26. No que se refere a este segundo aspeto, não pode negar-se que a gravidez, enquanto processo biológico, psicológico e potencialmente afetivo, é um estado da mulher no seu todo que, inclusivamente, se projeta na sua interação com aqueles que lhe são mais próximos e, bem assim, com a sociedade em geral. Por isso mesmo, valorizando tal estado, ao mesmo tempo que reconhece a maior vulnerabilidade que lhe está associada, a Constituição prevê um estatuto de especial proteção para as mulheres durante a gravidez (artigo 68.º, n.º 3). Mas a vida da mulher grávida não tem de se esgotar na gravidez: para além dos cuidados impostos por tal estado, a mulher conserva a sua liberdade de autodeterminação, podendo continuar a “viver a sua vida”, tal como o fazia antes de estar grávida. Se é verdade que «a mulher grávida toma diariamente incontáveis decisões das quais não se desliga do seu estado, mas que são decisões da *sua* vida, tendo em consideração que está grávida» (assim, v. ESTRELA CHABY, ob. cit. pp. 354-355), não é menos verdade que o rumo da sua vida não tem de mudar só porque engravidou: mesmo estando grávida, pode continuar a trabalhar, a cuidar da sua família ou a desenvolver as atividades de lazer ou de formação, como vinha fazendo até então. Assumir o contrário corresponde a uma redução — ainda que temporária — da condição de mulher livre, ativa e socialmente comprometida (enquanto trabalhadora, empreendedora, criadora ou mãe) a um estado incapacitante. Ora, a gravidez, implicando vulnerabilidade e exigindo cuidados especiais, não corresponde a uma incapacidade. A mulher grávida, no essencial, continua tão livre e autodeterminada nos planos intelectual e físico (incluindo neste a dimensão sexual) como antes, não representando os mencionados cuidados mais do que condicionamentos limitados, que se justificam em razão do bem-estar da criança que vai nascer e da própria grávida.

É, por isso, manifestamente exagerado considerar-se que a gestação de substituição implica uma subordinação da gestante em todas as dimensões da sua vida ao interesse dos beneficiários, como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a “escravatura temporária” consentida. A “existência” da gestante, globalmente considerada, não tem de ser colocada ao serviço dos beneficiários e, por conseguinte, não é toda a sua vida que é instrumentalizada. Tão pouco existe um direito dos beneficiários à utilização da gestante. O compromisso que esta assume perante os beneficiários limita-se à observância dos cuidados normais numa qualquer gravidez, em ordem a poder cumprir, após o nascimento, a obrigação de entrega da criança. Daí a proibição de imposição contratual de «restrições de comportamentos à gestante de substituição» ou de «normas que atentem contra os seus direitos, liberdades e garantias» estatuída no artigo 8.º, n.º 11, da LPMA.

27. Relativamente à questão da instrumentalização da gestante, não pode abstractir-se da causa-função do contrato de gestação de substituição (a razão que levou o legislador a autonomizá-lo e a excetuá-lo da regra geral da proibição estabelecida no artigo 39.º da LPMA) nem das próprias motivações e condições em que a gestante o celebra — aspetos que são, todos e cada um deles, decisivos para afastar a ideia de uma degradação (*Herabwürdigung*) desta última.

A gestação de substituição, tal como prevista no artigo 8.º, n.ºs 2 a 6, da LPMA, visa criar condições para que os beneficiários, confrontados com a *impossibilidade de procriar* — podendo tal impossibilidade ser absoluta ou relativa — devido à falta de condições para suportar uma gravidez, possam, ainda assim, tentar fazê-lo com a colaboração voluntária de uma terceira pessoa. Sublinhe-se que, devido à exigência da presença de gâmetas de pelo menos um dos beneficiários exigida pelo artigo 8.º, n.º 2, da LPMA, a gestação de substituição só é admissível como *modo subsidiário de (tentar) assegurar a reprodução* dos beneficiários, isto é, que os mesmos consigam ter um filho que, pelo menos em parte, seja da sua descendência biológicas; e não como via para que os pais intencionais estabeleçam simplesmente um vínculo jurídico de filiação com uma criança.

Assim, num quadro em que a PMA heteróloga já era admitida a título *subsidiário* (cfr. o artigo 10.º, n.º 1, da mesma Lei e a apreciação feita no Acórdão n.º 101/2009), e, apesar da alteração de paradigma resultante do novo artigo 4.º, n.º 3, da LPMA, também o legislador entendeu permitir que, apenas nos referidos casos — e, portanto, a título *excecional* — a gestante de substituição se disponha a engravidar, recorrendo por exemplo à implantação de embrião ou a outras técnicas de PMA equivalentes (artigos 27.º e 47.º da LPMA).

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.

A correlação destes direitos foi assumida no Acórdão n.º 101/2009, aceitando o Tribunal, na senda do que defendem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que «a PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental de constituir família previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição». Com efeito, os referidos Autores afirmam:

«O direito a constituir família implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um *direito a ter filhos* [...]; direito que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha,

lhe vai naturalmente associado (cfr. a epígrafe deste preceito). Isso compreende [...] a liberdade de procriação [...]

Problemático é saber até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um *direito à inseminação artificial heteróloga* [...] ou à gestação por “*mãe de aluguer*”, afigurando-se, contudo, que a presente disposição constitucional só poderá oferecer algum subsídio para a questão em conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, que garantem simultaneamente a irredutível autonomia pessoal, bem como os seus limites [...]» (v. Autores cits., *Constituição...*, cit., anot. X ao artigo 36.º, p. 567).

No mesmo sentido, aponta RUI MEDEIROS:

«O direito a constituir família significa, neste contexto [– a previsão do artigo 36.º, n.º 1, que abrange, ao lado da família conjugal, a família constituída por pais e filhos –] que todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um *direito fundamental a procriar*. [...]. Naturalmente, como sucede com os direitos, liberdades e garantias em geral, não obstante o disposto no artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, o direito de procriar não é absoluto. [...] Pode, por isso, colocar-se a questão de saber se tal direito vale,] na perspetiva do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, quanto à questão da identificação das limitações à admissibilidade do recurso às referidas técnicas [...]. Seja como for, as restrições do direito a procriar estão sujeitas aos limites constitucionais gerais e, em particular, ao princípio da proporcionalidade» (v. Autor cit. in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., anot. VIII ao artigo 36.º, pp. 813-814; o mesmo Autor, *ibidem*, anot. XII ao artigo 67.º, p. 1366, afirma a relevância da PMA para a efetivação do direito fundamental a procriar, sem prejuízo de reconhecer também que inexistente «um direito a toda e qualquer procriação possível segundo o estado atual da técnica», visto que se excluem, à partida, aquelas que sejam lesivas da dignidade da pessoa humana).

Em especial, no que se refere à *permissão* legal da PMA heteróloga a título subsidiário, o Tribunal, no citado Acórdão n.º 101/2009, considerou-a situada ainda «dentro da margem de livre ponderação do legislador», já que a mesma corresponde a uma dinamização do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito a constituir família dos beneficiários que não afeta o direito à identidade pessoal da criança a gerar. Se é certo que a procriação por via de ato sexual constitui uma dimensão óbvia do direito a constituir família consagrado no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, não é menos certo poder afirmar-se que, no âmbito de proteção desta norma constitucional, não se integra um direito subjetivo a toda e qualquer forma de procriação assistida, visto que o recurso à PMA se encontra objetivamente delimitado, *a priori*, pelos limites impostos pela dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição. É evidente que a previsão de tal limite só terá sentido se a utilização de *algumas* dessas técnicas se incluir no âmbito do direito constitucional a constituir família.

Todavia, como se disse, não resulta das normas constitucionais que tenham de ser *todas* as técnicas desenvolvidas pela ciência. Pode, mesmo, duvidar-se da inclusão no direito fundamental do artigo 36.º, n.º 1, da

Constituição de quaisquer técnicas de *procriação heteróloga*; aliás foi esse o entendimento que acabou por se afirmar no já referido Acórdão n.º 101/2009. Mas tal também não impediu o Tribunal de admitir a consagração legal de tal técnica, uma vez que, da circunstância de a mesma não ser constitucionalmente imposta, não se segue «que ela deva ser tida como contrária à Constituição».

Estas mesmas considerações, não obstante a maior complexidade decorrente de a intervenção da gestante se somar à dos dadores de gâmetas, são transponíveis para uma justificação da *admissibilidade, de princípio*, da gestação de substituição, pois também esta visa possibilitar a concretização de um projeto parental e, consequentemente, tende a favorecer o acesso a um bem com relevância constitucional (família com filhos).

Acresce que, perspetivada a impossibilidade de engravidar nos casos previstos no n.º 2 do artigo 8.º da LPMA à luz de um *conceito social de deficiência*, tal como consagrado no artigo 1.º, segundo parágrafo, da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* — aquelas pessoas «que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros» —, a gestação de substituição também pode constituir um importante fator de integração social (cfr. o artigo 71.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição; quanto à referida Convenção, v. a Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009 e o Decreto do Presidente da República n.º 71/2009; e sobre o conceito social de deficiência, v. GERALDO ROCHA RIBEIRO, “O sistema de proteção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, cit., pp. 1105 e ss., pp. 1107-1108 e 1111-1112). A referida perspetiva é acolhida, por exemplo, no direito da União Europeia (cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de março de 2014, Z. (C-363/12), n.ºs 76 e 78-81; e, de modo especial, o n.º 93 das conclusões do Advogado-Geral apresentadas nesse processo). De resto, ainda que numa perspetiva médica, esta foi uma consideração que também esteve presente no âmbito de iniciativas que culminaram na aprovação da Lei n.º 25/2016 (cfr. o Projeto de Lei n.º 131/ XII, 2012, do Partido Socialista: «[o] interesse primordial em tratar da doença da infertilidade implica que em certos casos existam exceções à proibição do recurso à maternidade de substituição [surgindo esta como] a última alternativa para superar a doença da infertilidade»).

Todavia, insista-se, nada disto implica a aceitação de um direito fundamental à procriação por via da gestação de substituição, que, de resto, devido à essencialidade da intervenção voluntária de uma mulher disposta a suportar a gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, o Estado jamais estaria em condições de satisfazer diretamente. E, mesmo admitindo já *ad argumentandum tantum*, a compatibilidade da gestação de substituição com a salvaguarda da dignidade humana, conforme exigido pelo artigo 67.º, n.º 1, alínea e), da Constituição, a verdade é que o entendimento de que o acesso à PMA heteróloga não é constitucionalmente imposto (v. o Acórdão n.º 101/2009) prejudica uma imposição desse tipo quanto à regulação da gestação de substituição, porquanto esta pressupõe o recurso àquela. E, de todo o modo, a relativa novidade de tal prática e as incertezas quanto aos efeitos, de longo prazo, da sua utilização apontam igualmente no sentido desse instituto jurídico não dever ter-se por constitucionalmente imposto. Assim, entende-se, mais

modestamente, que a permissão a título excecional da gestação de substituição, nos termos do artigo 8.º da LPMA corresponde a uma *opção do legislador* que, além de não ser arbitrária, favorece bens constitucionalmente protegidos e, como tal, não deve ser afastada sem razões fortes.

28. Analisando agora, segundo a perspetiva da gestante, o modelo ou perfil de gestação de substituição consagrado no artigo 8.º da LPMA — que, recorde-se, reveste carácter subsidiário e excecional, assume uma natureza meramente gestacional, presuppõe o *consentimento autónomo* dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade e tem de ser formalizada por via de um contrato a título gratuito sujeito a autorização administrativa (cfr. *supra* o n.º 9) —, cumpre começar por recordar — e destacar — que aquela é (também) um *sujeito ativo* de todo o processo e que a sua *participação voluntária é essencial* para a concretização do mesmo. Como se referiu acima, a gestante e os beneficiários comprometem-se reciprocamente num *projeto* que em muitos aspetos essenciais é *partilhado* por todos (cfr. *supra* o n.º 24). E a motivação principal da intervenção da gestante não pode deixar de ser a resposta a um impulso de altruísmo, de solidariedade para quem, apesar de o querer e de eventualmente até dispor de parte do material genético indispensável para o efeito, não pode ter filhos por falta de útero ou devido a lesões ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Ou seja — e este é já um segundo aspeto — a gestante aceita participar no projeto, porque *quer entregar-se à tarefa de ajudar outros* a superar dificuldades que estes só por si não são capazes de ultrapassar.

Nesta medida, a gestante de substituição atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade. Consequentemente, a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva-a igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação.

Com efeito, entendida como atuação de uma solidariedade ativa — ou até como entrega por amizade ou amor —, a gestação de substituição não pode deixar de ser vista como exercício da *liberdade de exteriorização da personalidade* ou liberdade de ação de acordo o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias — uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. III ao artigo 26.º, pp. 463-464) — que é indissociável da liberdade de ação necessária à autoconformação da identidade própria de um sujeito autodeterminado, o mesmo é dizer, com a dignidade própria do ser humano. Em sentido convergente, afirma GUILHERME DE OLIVEIRA: o direito fundamental consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição deve ser ponderado no quadro da discussão sobre a admissibilidade (e legitimidade quanto à imposição dos respetivos limites) de utilização de técnicas de PMA, na medida em que «a decisão de procriar tem implicações grandes em vários domínios — psicológico, fisiológico, sanitário, económico — e não pode deixar de constituir uma decisão estruturante da auto-

nomia individual e da liberdade pessoal» (v. Autor cit., “Restrições de acesso à parentalidade na medicina de reprodução” in *Lex Medicinæ*, Ano 10, n.º 20 (2013), p. 7).

Deste modo, a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada; pelo contrário, a sua participação na gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade, já que os «diversos direitos enunciados no artigo 26.º são, em qualquer caso, hipóteses típicas concretizadoras de um mesmo princípio fundamental de respeito pela dignidade da pessoa» (assim, v. RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., anot. III ao artigo 26.º, p. 608). Como referido acima, a propósito da “fórmula do objeto” (cfr. *supra* o n.º 22), a instrumentalização lesiva da dignidade do ser humano não pode ser entendida mecanicamente; antes exige uma apreciação sobre o respetivo impacto concreto no valor intrínseco de cada pessoa, e muito particularmente na sua capacidade de autodeterminação e de afirmação livre e responsável da sua personalidade (advertindo para a necessidade de distinguir quanto aos termos em que cada um é instrumentalizado ou se deixa instrumentalizar, v. REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, cit., pp. 122-123). Somente a instrumentalização que anule ou desconsidere essa autonomia pessoal, no presente ou para o futuro, pode ser considerada degradante porque reduz a pessoa a uma coisa ou objeto e, como tal, violadora da dignidade humana. Porém, não é isso que se verifica com a gestante de substituição, já que esta, enquanto tal, e conforme previsto no artigo 8.º da LPMA, atua no exercício de uma liberdade de ação fundada na sua própria dignidade.

No Acórdão n.º 101/2009, já se tinha afirmado, a propósito da opção legal de não incriminar a maternidade de substituição gratuita:

«[A] maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável [do que a onerosa], por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa.»

Além disso, a mesma conclusão mostra-se alinhada com o entendimento que é possível retirar da análise do direito internacional e do direito comparado (v. *supra* as secções B.2. e B.3.), tanto por via direta (como no caso da Grécia e do Reino Unido, não falando já de diversos Estados federados dos Estados Unidos da América), como por via indireta (como sucede, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, na Alemanha, na Áustria ou em França). E, bem assim, com a posição do CNECV expressa em 2012 quanto à admissibilidade de princípio da gestação de substituição:

«Independentemente da opinião que se tenha sobre eventuais riscos do recurso à gestação de substituição, uma delimitação tão estreita e excecional das condições e requisitos de acesso e, designadamente, a exigência da sua natureza absolutamente gratuita, podem retirar à proposta o carácter controverso que o tema potencialmente apresenta. Eventuais riscos e dúvidas subsistentes respeitam sobretudo à diferente perceção dos efeitos indeterminados de instabilização que a admissibilidade, mesmo excecional, da gestação de substituição pode gerar na valoração social e simbólica da gravidez e da maternidade.

Ora, não estando decisivamente em causa a afetação real e atual de princípios fundamentais, a subsistência daqueles riscos e dúvidas pode ser compensada pelos

benefícios substanciais que uma gravidez de substituição legalmente configurada nestes termos pode proporcionar à vida concreta de algumas pessoas, pelo que, nestas condições, não haverá objeções éticas absolutas [...]» (v. o seu Parecer n.º 63/CNECV/2012, ponto 2, al. a), p. 9).

29. O regime consagrado no artigo 8.º da LPMA evidencia uma preocupação em proteger a referida liberdade de ação da gestante de substituição, essencial à salvaguarda da sua dignidade. Na verdade, *se e na medida* em que a gestante intervém em todo o processo de gestação de substituição no exercício da sua autonomia, tal dignidade não é afetada. Daí o dever de proteção assumido pelo legislador em relação à gestante no âmbito do regime jurídico que permite a celebração de contratos de gestação de substituição.

Um elemento essencial de tal proteção é a exigência e garantia de que a vontade da gestante não seja determinada por razões económico-financeiras: só são legalmente admissíveis acordos gratuitos (cfr. *supra* os n.ºs 9 e 24). A *gratuidade* do contrato de gestação de substituição é, assim, a primeira garantia da liberdade de ação da gestante.

Mas, além disso, o legislador também se preocupou em rodear de garantias adequadas a *voluntariedade* do compromisso assumido pela gestante, de modo a que o mesmo possa ser expressão livre do desenvolvimento da sua personalidade. Com efeito, o contrato de gestação de substituição não põe “frente a frente” apenas partes privadas; é um contrato marcado por uma intensa intervenção pública destinada a salvaguardar a dignidade dos contraentes, em especial da gestante — a parte que, por suportar mais riscos para a sua saúde e por assumir maiores condicionamentos para a sua vida, se apresenta como mais vulnerável.

Nesse sentido, a lei autonomiza o consentimento da gestante de substituição do contrato a celebrar com os beneficiários e procedimentaliza a sua expressão de modo a assegurar que o mesmo seja informado e livre (cfr. *supra* o n.º 8). Aliás, como mostram os trabalhos preparatórios, desde o início que o consentimento informado se encontrou previsto autonomamente e foi objeto de disciplina própria; a referência autónoma ao contrato surgiu na sequência do veto do Presidente da República, como tentativa de satisfazer as condições 3.ª, 8.ª e 11.ª enunciadas no Parecer n.º 63/CNECV/2012. Com efeito, pode ler-se na Proposta de Alteração ao Decreto da Assembleia n.º 27/XIII apresentada pelo autor da iniciativa inicial, os Deputados do Bloco de Esquerda, que conduziu à aprovação do Decreto da Assembleia n.º 37/ XIII, objeto de promulgação posterior:

«Fica clarificado que no *consentimento informado* nos casos de gestação de substituição, tanto os beneficiários, assim como a gestante de substituição, são informados também do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.

Clarifica-se que o disposto na atual lei sobre *consentimento informado* se aplica também aos casos de gestação de substituição e, em concreto, à gestante de substituição (consentimento livre, esclarecido e de forma expressa por escrito, informação por escrito de todos os riscos e benefícios conhecidos resultantes da utilização de técnicas de PMA, livre revogação do consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA).

Torna-se explícita a *necessidade de um contrato escrito* estabelecido entre as partes e supervisionado pelo CNPMA onde devem constar as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção

voluntária da gravidez, sempre em conformidade com a legislação em vigor aplicável à situação.

Explicita-se ainda que o contrato estabelecido não pode impor restrições comportamentais à gestante, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. [...]

Ao definir-se uma maior estabilidade contratual e reduzir-se a hipótese de litígio, acrescentando mecanismos a outros já previstos no Decreto da Assembleia, defende-se o direito da criança a nascer. Ao explicitar-se os direitos e deveres da gestante, assim como a *necessidade da mesma prestar consentimento informado*, a necessidade absoluta de se respeitar a dignidade desta, a impossibilidade de contratos que atentem contra a mesma, estamos a garantir os direitos da gestante. Ao explicitar a *necessidade de existência de um contrato escrito*, supervisionado pelo CNPMA, e ao definir algumas das disposições que nele devem constar, estamos a proporcionar um melhor enquadramento contratual.» (itálicos aditados)

Acresce que o legislador estabeleceu garantias procedimentais e organizatórias mínimas que acautelam a celebração do contrato, a prestação do consentimento e a utilização das técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição segundo as referidas exigências de proteção.

Assim, o contrato de gestação de substituição é celebrado por escrito e deve ser precedido de autorização do CNPMA destinada a comprovar a observância de todos os requisitos legais (n.ºs 3, 4 e 10 do artigo 8.º da LPMA). Entre estes consta, por força da remissão do artigo 8.º, n.º 8, da LPMA para o artigo 14.º da mesma Lei, a exigência de que a prestação do consentimento seja feita, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável pela aplicação da PMA à gestante (n.º 1). A prestação de tal consentimento deve ser precedida de informação escrita pelo CNPMA de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, bem como da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (n.ºs 2, 3 e 6). Por fim, as técnicas de PMA indispensáveis à concretização da gestação de substituição, só podem ser realizadas em centros devidamente autorizados e por pessoas qualificadas para o efeito (cfr. o artigo 5.º da mesma Lei).

Em suma, o legislador, ao modelar o regime da gestação de substituição, não ignorou a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana referida no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, tendo criado para o efeito um procedimento específico e previsto um quadro organizatório próprio. Um e outro não se mostram desadequados nem insuficientes para proteger eficazmente a liberdade e o esclarecimento da gestante, pelo menos, no *momento em que esta contrata com os beneficiários* e inicia os processos terapêuticos de PMA.

30. Saber se estas garantias procedimentais e organizatórias são suficientes para uma efetiva proteção da liberdade de ação da gestante *ao longo de todo o processo de gestação de substituição* é uma questão diferente, mas que já não interfere com a admissibilidade constitucional de princípio do próprio instituto da gestação de substituição, tal como modelado pelo legislador nos seus traços essenciais (cfr. *supra* os n.ºs 8, 9 e 28). Nesse caso, poderão estar em causa aspetos concretos do regime jurídico, que, por força das exigências constitucionais quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade — o qual, recorde-se, é um direito fundamental concretizador do respeito pela dignidade da pessoa —, e atendendo à própria dinâmica da gestação, coloquem problemas de constitucionalidade. Ou seja, no plano das

soluções jurídicas concretas consagradas nos vários números do artigo 8.º da LPMA, haverá que avaliar se as mesmas salvaguardam adequadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante de substituição, nomeadamente em situações de potenciais conflitos de direitos, ainda que esta tenha, no momento inicial, de livre vontade e num exercício de autodeterminação, prestado o seu consentimento para o concreto procedimento de gestação de substituição em que é participante e aceitado vincular-se contratualmente perante os beneficiários do mesmo.

Nessa sede, deverá o Tribunal verificar se a disciplina da gestação de substituição estabelecida pelo legislador nas citadas normas realiza uma ponderação adequada entre o direito contratual dos beneficiários — mas que também não deixa de corresponder a um interesse fundamental dos mesmos — à concretização do seu projeto de procriação e de constituir família, o superior interesse da criança que nascer na sequência do processo de gestação, o direito ao desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação em matéria reprodutiva de todos os envolvidos e a necessidade de proteção da dignidade da mulher que assume o papel de gestante de substituição, seja no momento em que celebra o contrato com os beneficiários ou no momento em que lhe são aplicadas as técnicas de PMA, seja durante o período em que efetivamente se encontra grávida e até depois do parto. Além da criança, esta mulher é, como referido, a parte mais vulnerável, se se atender aos riscos já assinalados de coerção e aos riscos inerentes a uma gravidez, designadamente, riscos de aborto, gravidez ectópica, pré-eclâmpsia e outras complicações obstétricas, que tendem a aumentar com o número de gestações. De resto, a natureza da gravidez enquanto fenómeno biológico, psíquico e potencialmente afetivo, e o seu dinamismo próprio, são igualmente aptos a justificar reponderações.

B.4.2. A questão da dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição

31. A principal questão suscitada a propósito da dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição respeita ao seu tratamento, desde antes do nascimento, como «objeto de um negócio jurídico», o que seria determinante da sua coisificação. Sustentam os requerentes, com efeito, que a criança que vier a nascer é tratada como «um produto final que pode acabar por ser rejeitado por todos ou, pelo contrário, querido por todos», sem que seja dada resposta satisfatória a problemas fundamentais para os seus interesses (por exemplo, o impacto da quebra da ligação estabelecida durante a gestação ou a salvaguarda do superior interesse da criança em situações de conflito entre a gestante e os beneficiários, antes ou depois do nascimento). Salientam também que a referência à dignidade da pessoa humana feita no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição pretende salvaguardar, além dos direitos das «pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito de aplicação das técnicas de PMA», também os direitos das pessoas nascidas na sequência da aplicação das mesmas técnicas, incluindo neste universo «tanto [a] pessoa já nascida como [a] pessoa desde a sua conceção».

Importa, em todo o caso, separar os problemas atinentes à *dignidade da criança* considerada isoladamente — que, de acordo com a aludida “fórmula do objeto”, se prendem com o seu eventual tratamento degradante, nomeadamente em resultado de se estar perante um “direito a uma pessoa” — daqueles que já relevam de uma *conjugação* da dignidade com o *dever de proteção estadual dos seus interesses*, previsto no artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, como será o caso do não acautelamento das

consequências psicológicas e emocionais da quebra da ligação uterina decorrente da obrigação de entrega da criança aos beneficiários do contrato de gestação de substituição. Embora este modo de procriação possa contender com ambos os parâmetros constitucionais em causa — a dignidade da pessoa humana e o dever de proteção da infância —, é diferente a intensidade do grau de exigência de conformidade de cada um deles: a salvaguarda da dignidade humana impõe-se a qualquer outra consideração, enquanto o dever de proteção da infância admite ponderações com outros interesses constitucionais.

32. A ideia de que a conceção de uma criança para ser posteriormente entregue a outrem consubstancia um inadmissível “direito a uma pessoa”, implicando, por conseguinte, a coisificação da criança e a sua transformação no objeto de um acordo celebrado entre adultos com vista a satisfazer os seus desejos é igualmente articulada por diversos Autores. PAULO OTERO, por exemplo, considera haver nos contratos de gestação de substituição gratuitos uma violação do princípio da humanidade, dado que a criança é vista como um meio de alcançar fins que lhe são alheios. Além disso, entende que a dignidade do novo ser também é violada a partir do momento em que este é gerado já com o propósito de ser abandonado logo após o nascimento (v. Autor cit., “A dimensão ética da maternidade de substituição”, cit., pp. 87-88). JÁ MARIA PATRÃO NEVES pondera o seguinte:

«[A gestação de substituição e as restantes técnicas de PMA heteróloga] evidenciam a conversão do legítimo desejo de um filho, enquanto coincidente na sua dimensão biológica com o projeto afetivo, num ilegítimo direito a um filho que, enquanto tal, seria reduzido na sua identidade a um mero objeto ou bem cuja posse seria suscetível de ser reclamada como direito por outrem» (v. Autora cit., “*Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho*” in ANA SOFIA CARVALHO (Coord.), *Bioética e Vulnerabilidade*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 49 e ss., pp. 55-56).

Contudo, estes argumentos provam de mais, como sublinham vários outros Autores.

VERA LÚCIA RAPOSO sublinha, desde logo, que a mesma visão também pode ser invocada quanto a projetos parentais de pessoas casadas que procuram ter filhos para salvar a sua relação, para se realizarem pessoalmente ou para outros fins extrínsecos ao interesse dos mesmos (v. Autora cit., *De Mãe para Mãe — Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 48). MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA LIMA, pelo seu lado, consideram que o recurso à gestação de substituição, só por si, não viola a dignidade da criança nos termos referidos, salientando que esta técnica não é mais lesiva da dignidade do novo ser do que qualquer outra técnica de PMA heteróloga que se encontra atualmente permitida (v. Autoras cit., “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade” in *Lusíada*, n.º 10, 2012, pp. 237 e ss., pp. 287-289). E REIS NOVAIS chama a atenção para a seguinte consideração, que vale para qualquer projeto parental, independentemente de o mesmo se concretizar por via de ato sexual ou por via de PMA:

«Quando um casal programa a conceção de um filho [...] há aí inevitavelmente uma instrumentalização, mas não há violação da dignidade, já que não há uma instrumentalização do novo ser.

A conceção do novo ser foi um meio, um instrumento para prosseguir determinado objetivo, podendo dizer-se que há instrumentalização no ato de conceção,

no sentido de que a conceção do novo ser e a sua integração na família é decidida em função da visão de felicidade dos membros do casal, mas não há instrumentalização do novo ser enquanto tal, uma vez que este, quando surge no Mundo, terá, potencialmente, uma natureza e uma vida exatamente iguais às de qualquer outro ser humano. No decurso da sua vida normal, essa pessoa pode passar por episódios em que a sua dignidade seja desrespeitada, mas exatamente como se verificará com qualquer outra pessoa e sem qualquer relação intrínseca com a *instrumentalização* detetada no ato de conceção.

Se no contexto familiar em que nasce, o novo ser for tratado e amado como qualquer outro filho — e é essa também a intenção e o projeto do casal que projetou o seu nascimento —, o facto de a sua conceção e nascimento terem servido para beneficiar a vida do casal, em nada o afeta. Nesse sentido, não se percebe nesse projeto qualquer violação da dignidade da pessoa humana. Só por si, instrumentalização envolvendo a conceção de novas pessoas ou novos seres não significa a violação da dignidade humana» (v. Autor cit., *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, cit., pp. 120-121; v. também a nota 99).

O CNECV também afirmou no seu Parecer n.º 63/CNECV/2012: «[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» (ponto 1, al. c), p. 7).

Pode mesmo dizer-se — numa formulação próxima da utilizada no Acórdão n.º 101/2009 — que o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, ao admitir a PMA e impor a sua regulação em termos que «salvaguardem a dignidade da pessoa humana», tem implícita a ideia de que o recurso a técnicas de PMA para concretizar um projeto parental, *só por si*, não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução. Aliás, não fora a mesma técnica, e tal criança nem sequer existiria.

A gestação de substituição também exige o recurso a uma técnica de PMA, uma vez que a gestante, que não pode ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante (artigo 8.º, n.º 3, da LPMA), para ficar grávida, recebe um embrião constituído a partir de gâmetas de terceiros. A sua gravidez compara, neste aspeto, com a gravidez de outras beneficiárias de PMA heteróloga.

Mas, por outro lado, a gestação de substituição diferencia-se da aplicação simples de uma técnica de PMA, em virtude de o útero que recebe o embrião pertencer a uma mulher, que não aquela que é considerada beneficiária do processo e que será tida como a mãe da criança a nascer. Sucede que esta diferença em nada interfere com o desenvolvimento intrauterino: da perspetiva do nascituro, o mesmo em nada se distingue por ocorrer no seio do útero da gestante de substituição. E, após o parto, a criança é entregue à beneficiária prevista *ab initio* como sendo a sua mãe, pelo que não se justifica falar num “abandono” da criança logo após o nascimento. Ou seja, a criança nascida integra-se, se tudo correr conforme previsto, na família da beneficiária e, nesse contexto, tem potencialmente uma vida igual à de qualquer outro ser humano, em nada de essencial se distinguindo de outros filhos nascidos na sequência do recurso a técnicas de PMA.

Por outro lado, é inerente às diferentes modalidades de procriação com assistência médica uma formalização jurídico-contratual (por exemplo, dos beneficiários com o centro onde decorrerá o processo terapêutico ou dos dadores de gâmetas com o centro). Na gestação de substituição, acresce a esses contratos o acordo entre os beneficiários e a gestante, que regula também a fase da gestação. O objeto imediato destes contratos nunca é a criança em si mesma considerada. Diferentemente, e deixando de lado as relações com os dadores, os mesmos visam a conceção e a gestação, enquanto funções necessárias para que uma criança, relativamente à qual existe um projeto parental pré-definido, possa nascer. Uma vez nascida, essa criança integra-se numa família, tal como as demais crianças que nascem na sequência da reprodução por via de ato sexual. A prévia celebração dos contratos que regulam as técnicas de PMA ou a gestação de substituição, que foram indispensáveis para que tal criança nascesse, em nada afetam a sua dignidade.

Pelo exposto, é justificado um paralelismo com o que ocorre em relação à PMA: tal como nesta, o recurso à gestação de substituição para concretizar um projeto parental, *só por si*, também não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução.

33. Esta conclusão não é afastada pela quebra da ligação uterina pressuposta na execução do contrato de gestação de substituição. Poderá, nesse caso, estar em causa o superior interesse da criança, mas já não direta e autonomamente a sua dignidade. Depois do seu nascimento, os interesses da criança podem ser afetados de muitas formas, positiva ou negativamente. Só se poderia falar de uma afetação da criança na sua dignidade, caso a gestação de substituição implicasse, por si só, uma *necessária* afetação negativa do novo ser em termos de comprometer o seu desenvolvimento integral num ambiente familiar normal (artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). A Constituição protege a vida intrauterina (v. a jurisprudência em matéria de interrupção voluntária da gravidez — Acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 617/2006 e 75/2010) e, bem assim, a vida de embriões, «no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é suscetível de potenciar a vida humana» (Acórdão n.º 101/2009), pelo que não é constitucionalmente admissível uma intervenção nessas fases que intencional e necessariamente resulte num ser humano diminuído e sem plena capacidade de autodeterminação. Então, sim, ocorreria uma instrumentalização *ab initio* do novo ser às finalidades de tal prática que não poderia deixar de se qualificar como degradante. Porém, não existe a evidência de uma necessária lesão da criança causada pela sua separação da mulher que a deu à luz.

No relatório elaborado em 2012 pelo Presidente do CNECV pode ler-se a este respeito:

«Alguns estudos, no âmbito da Psicologia e Pediatria, avaliaram a relação entre as crianças e os pais, e os respetivos níveis de bem-estar, responsabilidades parental e educativa, com base na distinção entre as famílias consideradas naturais e as resultantes de técnicas de PMA (nomeadamente com recurso à gravidez de substituição), concluindo na generalidade pelo reconhecimento de boas competências de parentalidade e capacidade de afeto dos pais e normais níveis de desenvolvimento intelectual, emocional somático e social das crianças. São, porém, estudos limitados no tempo, só contemplando crianças até aos 2 anos de idade.» (pp. 21-22).

E, no seu Parecer n.º 63/CNECV/2012, o CNECV referiu apenas riscos e dúvidas respeitantes

«sobretudo à diferente perceção dos efeitos indeterminados de instabilização que a admissibilidade, mesmo excecional, da gestação de substituição pode gerar na valoração social e simbólica da gravidez e da maternidade». Por isso mesmo, considerou que «não estando decisivamente em causa a afetação real e atual de princípios fundamentais, a subsistência daqueles riscos e dúvidas pode ser compensada pelos benefícios substanciais que uma gravidez de substituição legalmente configurada nestes termos pode proporcionar à vida concreta de algumas pessoas, pelo que, nestas condições, não haverá objeções éticas absolutas» à gestação de substituição (p. 9).

Mesmo no relatório de 2016, que antecedeu o parecer do CNECV desfavorável à gestação de substituição (o Parecer n.º 87/CNECV/2016), assinala-se o seguinte:

«Não existe ainda suficiente evidência sobre os efeitos de um novo e diferente contexto reprodutivo na construção da personalidade da criança, havendo, no entanto, alguma evidência quanto à ligação (psicológica, biológica/epigenética) que se estabelece durante a gestação entre o feto e a mulher grávida, ligação que é importante para o desenvolvimento futuro da criança. A questão está em ponderar se será aceitável que a lei imponha o cumprimento de um contrato que representa o corte com o vínculo biológico e afetivo construído ao longo do desenvolvimento intrauterino da criança e cuja manutenção e aperfeiçoamento a ciência já demonstrou ser benéfica para o recém-nascido, no seu processo de crescimento e de afirmação bio-psico-social» (pp. 15-16).

Ora, o apelo implícito ao princípio da precaução e à ponderação dos aspetos benéficos da vinculação precoce mãe-nascituro *exclui a certeza sobre o malefício de uma rutura* e, portanto, também a pertinência de um argumento jurídico fundado apenas na dignidade da criança. Nesse sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, por exemplo, desvaloriza os riscos de uma eventual perturbação psicológica para a criança que esta técnica provoca, notando que a criança gerada com recurso à gestação de substituição poderá ter a certeza de ter sido muito desejada pelos beneficiários, forçados a ultrapassar as suas próprias limitações fisiológicas e biológicas para a trazer ao mundo, pelo que nunca padecerá do trauma dos filhos “acidentais” (cfr. a Autora cit., *De Mãe para Mãe...*, cit., p. 48).

Na verdade, é de realçar que os estudos científicos existentes não indiciam quaisquer diferenças relevantes, no que respeita às relações de parentalidade e ao desenvolvimento psicológico harmonioso, entre crianças nascidas com recurso a gestação de substituição e as restantes, não tendo este fator sido assinalado como causa direta de quaisquer perturbações (veja-se, por exemplo, e para além dos mencionados no aludido relatório do Presidente do CNECV de 2012, GOLOMBOK, S., BLAKE, L., CASEY, P., ROMAN, G. and JADVA, V. (2012), “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment” in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54, 653–660. doi:10.1111/jcpp.12015).

B. 5. Outras questões de inconstitucionalidade suscitadas pelo modelo português da gestação de substituição

34. De todo o modo, as questões de inconstitucionalidade relacionadas com a dignidade dos intervenientes na gestação de substituição *não esgotam* o número daquelas que podem pôr em causa a admissibilidade constitucional de princípio desta figura, mesmo que só considerada nos seus traços jurídico-positivos essenciais (gestação de substituição de carácter subsidiário e excecional, formalizada por via de

um contrato a título gratuito, sujeito a autorização administrativa prévia, e a realizar mediante uma técnica de PMA com recurso a gâmetas de pelo menos um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante). Há outras possíveis objeções constitucionais a considerar, algumas delas formuladas pelos requerentes, mas não apenas por eles. O Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada (cfr. o artigo 51.º, n.º 5, da Lei do Tribunal Constitucional).

Os requerentes chamam desde logo a atenção para a *deficiente tutela do interesse da criança nascida*, em virtude da já referida quebra de ligação com a gestante após o parto, com consequências negativas para o seu futuro desenvolvimento. Desse modo, a permissão legal da gestação de substituição determinaria uma violação do dever de proteção da infância (artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). Este foi, de resto, um dos fundamentos invocados no Parecer n.º 87/CNECV/2016 para se pronunciar contra a alteração do regime jurídico então em vigor (n.º 1: o «Conselho considera que não estão salvaguardados os direitos da criança a nascer»).

Mas têm sido suscitadas outras questões igualmente relacionadas com a defesa do superior interesse da criança, atenta a respetiva centralidade na problemática da gestação de substituição, nomeadamente o tema das desvantagens para a criança associadas à *monoparentalidade* e, num plano mais geral, à desconsideração da própria família, enquanto *instituição assente em laços familiares claramente diferenciados*, decorrente da promoção de uma ambiguidade sobre o sentido da maternidade.

35. A violação do dever de proteção da infância, previsto no artigo 69.º, n.º 1 da Constituição — «[a]s crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições» — é invocada pelos requerentes a propósito da omissão ou deficiente defesa do superior interesse da criança perante o desejo dos pais intencionais de terem um filho. Na base de tal posição está a aludida possibilidade de a quebra de vínculo entre o recém-nascido e a gestante causar danos psicológicos e emocionais durante o desenvolvimento do primeiro, os quais poderão acompanhá-lo ao longo de toda a vida. Acresce que, conforme referido no relatório do CNECV de 2016, a ciência já demonstrou ser benéfica para o recém-nascido, no seu processo de crescimento e de afirmação bio-psico-social, a manutenção e aperfeiçoamento de tal vínculo. Daí que o superior interesse da criança exigisse a salvaguarda dessa ligação, devendo este interesse prevalecer sobre o dos pais intencionais e da própria gestante.

A proteção da infância e a salvaguarda do superior interesse da criança constituem valores proeminentes a nível internacional e da União Europeia, sendo numerosos os instrumentos que consagram direitos das crianças e obrigações estaduais para garantir a sua proteção e a salvaguarda do seu superior interesse. Destacam-se, como referido *supra* no n.º 10, a Convenção sobre os Direitos da Criança (em especial, os seus artigos 3.º, n.º 1, 7.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1) e a CDFUE (artigo 24.º). No plano interno, releva o citado dever de proteção da infância.

Na verdade, as características físicas e psicológicas das crianças, assim como o dinamismo inerente à formação e desenvolvimento da sua personalidade, tornam-nas naturalmente vulneráveis a circunstâncias que podem fazer perigar o seu

processo de autonomização e, em última análise, comprometer ou condicionar a respetiva autodeterminação enquanto adultos. Daí que a Constituição as reconheça como sujeitos de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, se preocupe com as eventuais situações de necessidade associadas à sua natural vulnerabilidade, reconhecendo-lhes um específico e próprio «direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral» (artigo 69.º, n.º 1). Como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «este direito à proteção infantil protege todas as crianças por igual, mas poderá justificar medidas especiais de compensação (discriminação positiva), sobretudo em relação às crianças em determinadas situações (órfãos e abandonados) (n.º 2)» (v. Autores *cits.*, *Constituição...*, *cit.*, anot. I ao artigo 69.º, p. 869). Com efeito, «a noção constitucional de *desenvolvimento integral* (n.º 1, *in fine*) — que deve ser aproximada da noção de “desenvolvimento da personalidade” (art. 26.º-[1]) — assenta em dois pressupostos: por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana (cfr. art. 1.º), elemento “estático”, mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades» (*idem, ibidem*, pp. 869-870).

Deste modo, o direito à proteção das crianças com vista ao seu desenvolvimento integral ganha uma densidade autónoma, pois, além de pressupor o direito ao desenvolvimento da personalidade, implica direitos a uma proteção do bem jurídico desenvolvimento da personalidade contra ameaças ou agressões provenientes de terceiros, incluindo os progenitores, ou de contingências naturais — a que correspondem *deveres de proteção* «contra todas as formas de abandono, de discriminação e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições» (artigo 69.º, n.º 1) — e a garantia de condições favoráveis à própria formação da personalidade. E é por causa desta segunda vertente — a que corresponde um *dever geral de promoção* do bem jurídico em causa — que o direito das crianças à proteção do seu desenvolvimento integral se reconduz a um «típico “direito social”, que envolve deveres de legislação e de ação administrativa para a sua realização e concretização» (assim, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, anot. I ao artigo 69.º, p. 869).

A vertente do *dever de proteção* — especificamente invocada pelos requerentes — pressupõe uma ameaça ou perigo para o bem protegido (*in casu*, o desenvolvimento integral da criança) e implica uma atuação contra o agressor. Esta atuação deverá ser tanto mais intensa, quanto mais certa e concreta for a ameaça. Em qualquer caso, tal atuação, quando dirigida contra terceiros (na situação ora em causa, contra os pais intencionais e a gestante), determina limitações e restrições à sua liberdade de agir, podendo, no limite, determinar inibições ou mesmo a perda de direitos. Daí a necessidade de fazer ponderações entre, por um lado, a intensidade do risco para o bem a proteger e, por outro, a importância dos interesses daqueles que serão afetados pelas medidas de proteção de tal bem.

No que se refere ao impacto negativo no desenvolvimento da criança que foi separada da mulher que a deu à luz, verifica-se inexistirem certezas, seguras e determinadas ou definitivas; os dados científicos apontam, isso sim, para um impacto positivo da manutenção de tal ligação após o nascimento (cfr. *supra* o n.º 33). E, de todo o modo, também não se exclui que eventuais impactos negativos não possam ser compensados por uma experiência de parentalidade mais intensa, porque muito desejada e alcançada após a superação de enorme sofrimento. Do lado dos pais intencionais e da gestante, não pode ignorar-se a já mencionada relevância consti-

tucional positiva da gestação de substituição, enquanto modo de viabilização de direitos fundamentais dos beneficiários (cfr. *supra* o n.º 27) e enquanto expressão possível da autonomia pessoal da gestante (cfr. *supra* o n.º 28).

Em suma, dir-se-á que o perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da criança nascida com recurso à mesma reveste um grau de abstração elevado e de significativa incerteza. É este nível de ameaça àquele bem que tem de ser ponderado com a imposição de severas limitações à liberdade geral de atuação, seja dos pais intencionais ou beneficiários, seja da gestante de substituição. Num tal quadro de incerteza quanto aos riscos para o desenvolvimento da criança e de certeza positiva quanto aos benefícios da gestação de substituição para os beneficiários e a própria gestante, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador um significativo espaço de avaliação e de conformação. O dever de proteção da criança, nestas condições, não impõe uma única atuação, em especial a prevenção absoluta de todo e qualquer risco mediante a proibição da gestação de substituição. Aliás, tal solução, embora admitida, não foi considerada constitucionalmente imposta no Acórdão n.º 101/2009. Diferentemente, o cumprimento daquele dever permite diversas soluções que equilibrem os vários interesses em presença, soluções essas que vão desde a proibição de tal forma de procriação até à sua regulação. Permitir a gestação de substituição ou proibi-la, corresponde simplesmente a uma *opção do legislador*, a adotar num quadro de ausência de certezas absolutas sobre se as vantagens sobrelevam as desvantagens ou vice-versa (cfr., quanto à não imposição da permissão, *supra* o n.º 27). Consequentemente, a consagração da gestação de substituição no artigo 8.º da LPMA, por si só, não viola o dever de proteção da infância.

36. Uma outra questão suscitada em conexão com a defesa do superior interesse da criança respeita à possibilidade de criação de *famílias monoparentais*.

O problema foi suscitado no pedido objeto de apreciação pelo Acórdão n.º 101/2009, uma vez que a admissibilidade da PMA heteróloga pode conduzir a esse tipo de situações: ao excluir a paternidade do dador do sêmen e ao permitir que o marido ou o companheiro unido de facto à mulher sujeita à técnica de PMA possa impugnar a presunção de paternidade, provando que não prestou consentimento para a mesma (ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado), a criança pode, na prática, ser juridicamente considerada apenas filha da mulher que se submeteu à técnica de PMA (artigos 10.º, n.º 2, 19.º, n.º 1, 20.º, n.º 4, e 21.º, todos da LPMA, com a redação dada pelas leis de 2016). Por força do alargamento do âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA operado pela Lei n.º 17/2016, visando garantir o acesso de todas as mulheres à PMA (v. o respetivo artigo 1.º), o problema tornou-se ainda mais presente: segundo a nova redação do artigo 6.º, n.º 1, da LPMA, qualquer mulher, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, pode recorrer às técnicas de PMA, sendo por isso beneficiária de tais técnicas, nos mesmo termos em que o são casais heterossexuais ou casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges. Anteriormente à citada Lei n.º 17/2016, aquele preceito apenas permitia o acesso a técnicas de PMA a casais heterossexuais, casados ou que vivessem em condições análogas às dos cônjuges.

A questão da monoparentalidade pode eventualmente colocar-se também no âmbito da gestação de substituição (cfr. a nota feita *supra* no n.º 8). Mas ainda que assim suceda, certo é que a mesma não é um *problema específico* de tal modo de procriação. A questão coloca-se hoje necessariamente em consequência da referida

alteração do artigo 6.º, n.º 1, da LPMA. Era nesse preceito que se ancorava o princípio da biparentalidade (assim, v. o Acórdão n.º 101/2009). Porém, como se refere no relatório junto ao Parecer n.º 87/CNECV/2016, ocorreu uma «mudança de paradigma da utilização das técnicas de PMA, centrando as questões numa realidade: que a beneficiária das técnicas é a mulher, independentemente do facto de estar ou não acompanhada por um/a parceiro/a. Nesta medida, as alterações previstas para a Lei n.º 32/2006, de 26 de junho [– e que nela foram introduzidas pela referida Lei n.º 17/2016 –], não implicam um verdadeiro alargamento dos beneficiários das técnicas da PMA, antes constituem o reconhecimento legal de que a beneficiária das técnicas é aquela em quem as técnicas são potencialmente aplicadas, ou seja, a mulher» (p. 11). Deste modo, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais com recurso a técnicas de PMA resulta exclusivamente do artigo 6.º, n.º 1, da LPMA.

Sucedem que a constitucionalidade deste preceito não é questionada pelos requerentes, nessa ou em qualquer outra dimensão, razão por que este Tribunal, em obediência ao princípio do pedido, não pode conhecer de tal questão.

37. A questão mais geral respeitante à promoção do carácter ambíguo da maternidade com impacto sobre a criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição e sobre a própria instituição familiar encontra-se enunciada, por exemplo, na declaração de voto conjunta contrária ao sentido do Parecer n.º 63/CNECV/2012 e, de modo especial, salientando os respetivos aspetos ético-filosóficos, no relatório que dela faz parte elaborado pelo Conselheiro Michel Renaud. Sintetizando o essencial das preocupações a tal respeito, pode ler-se na referida declaração conjunta:

«O voto contra é essencialmente justificado pelo facto de se considerar que foi o interesse sempre prioritário e frequentemente exclusivo do casal beneficiário e não o interesse do nascituro que esteve na base da discussão do CNECV; ora, considera-se que o superior interesse do nascituro é o primeiro elemento que deve nortear a reflexão. Em seguida, por motivos circunstanciais, o Parecer aprovado por maioria altera o sentido global da maternidade, o que, aliás, pressupõe a promoção intencional de um dualismo filosófico entre a vertente natural da maternidade e a sua vertente sócio-jurídica e política — dualismo com o qual filosoficamente não concordamos e que não nos parece ser a marca de um progresso civilizacional. [...]

A proposta de parecer [negativo] fundamenta-se nas seguintes considerações: [...]

[6. A] GDS acarreta uma profunda mudança civilizacional, ética e social, quer na realidade da família, quer no sentido da maternidade e da filiação, o que reclama uma profunda reflexão. [...]

8. A ambiguidade que decorre da questão “quem é a mãe” — a mãe genética ou a gestante — apenas pode ser determinada de modo arbitrário pelo direito [...]. A discordância, a esse respeito, entre os Estados que aceitam a GDS mostra que esta induziu no conceito de maternidade uma ambiguidade que precisa de uma medida jurídica para ser superada (por oposição ao adágio “*mater semper certa est*”). [...]

10. A GDS tem consequências sobre o conceito de filiação: altera o conceito natural da filiação. Dissocia intencionalmente filiação natural e filiação social; contrariamente ao ato de adoção, que não é responsável nem pela filiação natural nem pela ausência de relação entre filiação natural e filiação social, a GDS constitui a iniciativa, explícita e voluntária, desta dissociação [...].

16. Se a GDS for realizada com a participação de uma familiar, é previsível uma perturbação psicológica devida ou a um curto-circuito geracional (se a gestante é ao mesmo tempo avó do nascituro) ou a uma confusão na imagem da maternidade que se cria no ser humano nascido mediante GDS. [...]

Em sentido convergente, JOÃO LOUREIRO articula juridicamente a seguinte posição, com base na garantia institucional da família consagrada no artigo 67.º da Constituição:

«*Homo familiaris*, não são indiferentes as estruturas simbólicas do parentesco, a começar pelo tabu do incesto [... V]alem aqui as pertinentes considerações de um relatório do *The President's Council on Bioethics*: “a procriação humana, embora aparentemente um ato exclusivamente privado, tem um profundo significado público. Determina as relações entre uma geração e a próxima, conforma identidades, cria vínculos, e estabelece responsabilidades pelo cuidado e criação dos filhos (e o cuidado pelos pais idosos ou outro parente necessitado). Se a mãe é mãe, mas a avó também é, de facto, mãe ao dá-lo à luz, e se o útero releva, mais do que a questão da multiplicação [...], assistimos, paradoxalmente, a um pôr em questão a separação fundante dos laços familiares, a desordem e a uma diferenciação indiferenciante, que esquece o profundo simbolismo da narratividade da criação, assente numa ordem estruturada precisamente na referida separação [o que origina, segundo as palavras de Onora O’Neill,] relações familiares que classifica como “confusas” ou “ambíguas”.

[A]figuras-se-nos que a CRP não permite a abertura de portas a uma experimentação, que, neste caso, dramaticamente, não é, uma mera “experiência do pensamento”» (v. Autor cit., “Outro útero é possível...” cit., pp. 1425-1427).

Apesar de a gestação de substituição permitida pelo artigo 8.º da LPMA não se limitar ao âmbito familiar — e, por isso, não se reconduzir necessariamente a uma substituição intrafamiliar —, é inegável a possibilidade — se não mesmo a probabilidade — de surgirem situações como as descritas.

Em qualquer caso, e independentemente da maior ou menor perceção que delas possam ter, as posições recíprocas da beneficiária, da gestante e da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição estão perfeitamente definidas do ponto de vista jurídico. É esse, precisamente, o objetivo da adaptação do direito da filiação geral estabelecido no Código Civil à situação especial da gestação de substituição (cfr. o artigo 8.º, n.º 7, da LPMA; v. também *supra* o n.º 8). Consequentemente, o *perfil jurídico-normativo da instituição família*, de modo particular no que respeita ao seu âmbito mais restrito — a chamada “família nuclear” —, não é afetado pela gestação de substituição: a criança gerada pela avó ou pela tia por conta, respetivamente, de uma filha ou de uma irmã, para o direito, continua a ser ou só neta e sobrinha de cada uma delas; ou, caso ocorra alguma vicissitude invalidante do contrato de gestação de substituição, somente filha. Acresce que o critério da filiação em causa não é (juridicamente) *arbitrário*, uma vez que se funda na eficácia de um contrato de gestação lícito, que, no ordenamento jurídico português, à semelhança do que sucede no âmbito de outras ordens jurídicas, desempenha uma função jurídico-social com relevância ao nível da própria Constituição.

A questão de constitucionalidade que se pode suscitar é a de saber se a família em que tais situações ocorrem ainda corresponde ao conceito constitucional homónimo: família enquanto «elemento fundamental da sociedade» com «direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros» (artigo 67.º, n.º 1, da Constituição).

O conceito constitucional de família não se encontra definido e o seu *domínio normativo* apresenta-se cada vez mais diferenciado quanto às soluções que admite. As sucessivas reformas do direito da família dão conta disso mesmo. Como reconhece JORGE DUARTE PINHEIRO, o «Direito da Família é especialmente permeável à realidade social e às posições ideológicas *lato sensu* (incluindo visões políticas, religiosas ou concepções de vida laicas e apolíticas)», reconduzindo-se o direito português atual, no que se refere ao modo de conexão com os valores, a uma *matriz pluralista*, em virtude de «admitir a relevância de diferentes ordens de dever-ser social, dentro de certos limites, que são normalmente definidos pelo pensamento da maioria» (v. Autor cit., *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 53-57).

Por outro lado, o *programa normativo* de tal conceito deve ser densificado a partir de referências constitucionais que sejam relevantes, como por exemplo, o artigo 36.º, n.º 1, de onde decorre que o conceito constitucional de família não implica o casamento (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. III ao artigo 67.º, pp. 856-857). Ora, a norma do artigo 67.º, n.º 2, alínea e), referente à regulação da PMA, desempenha uma função similar: a família constitucionalmente prevista abre-se à possibilidade de PMA; não a limita. Mais: a efetivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família é, ela própria, um direito da família.

Não se vislumbra, assim, que a garantia institucional da família revista uma definição de contornos tão precisa, que habilite a sua mobilização como obstáculo constitucional a que o legislador ordinário permita a gestação de substituição em determinadas condições. Só por si, este modo de procriação não colide com o conceito constitucionalmente adequado de família. Pelo contrário, o mesmo modo de procriação apresenta-se como (mais) um fator de dinamização da família, possibilitando o estabelecimento de vínculos de filiação aí onde, por razões de saúde, os mesmos não seriam possíveis.

B. 6. Questões de inconstitucionalidade suscitadas por certos aspetos do regime da gestação de substituição lícita

38. A inexistência de uma incompatibilidade de princípio do modelo português de gestação de substituição com a Constituição não significa que determinados aspetos do seu regime jurídico não possam suscitar questões de inconstitucionalidade. A ser assim, não estará em causa o modelo, em si mesmo considerado, mas tão-somente certas soluções adotadas na sua concretização legislativa. Desde que as soluções em causa se compreendam no âmbito objetivo do pedido — os n.ºs 1 a 12 do artigo 8.º da LPMA e demais normas da mesma Lei que se refiram à gestação de substituição — nada obsta a que o Tribunal aprecie a sua eventual inconstitucionalidade (cfr. o já citado artigo 51.º, n.º 5, da Lei do Tribunal Constitucional).

Do ponto de vista substancial, isto é, no que se refere ao conteúdo das soluções adotadas, podem identificar-se problemas de duas ordens, de resto já pré-anunciados na análise desenvolvida a propósito da salvaguarda da dignidade da gestante e da dignidade da criança (v., em especial, *supra* o n.º 30).

Em primeiro lugar, cumpre analisar a efetividade da garantia de autonomia ética e pessoal da gestante de substituição, indispensável à preservação da sua dignidade, que age no âmbito de um processo biológico, psíquico e potencialmente emocional-afetivo como a gravidez. Com efeito, se a gestação de substituição é legítima, do

ponto de vista da gestante, enquanto exercício da sua liberdade de exteriorização da personalidade — uma liberdade de agir de acordo com um projeto de vida próprio e autoconformador da própria personalidade (cfr. *supra* o n.º 28) — importa assegurar que o sentido de tal atuação não seja invertido e que, a meio do processo, se converta em mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. O legislador foi ao encontro desta preocupação por duas vias: exigindo, por um lado, como pressuposto do próprio contrato de gestação de substituição, que a gestante seja informada dos benefícios e riscos conhecidos, bem como das implicações éticas, sociais e jurídicas do compromisso que se propõe assumir e que a mesma preste um consentimento expresso, autónomo e antecipado; e, por outro, permitindo a revogação de tal consentimento «até ao início dos processos terapêuticos de PMA» (cfr. os artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, ambos da LPMA; v. também *supra* os n.ºs 8 e 29). Mas será que tal é suficiente?

Em segundo lugar, o regime da nulidade previsto no n.º 12 do artigo 8.º da LPMA, privando de eficácia o contrato de gestação de substituição, afeta a filiação estabelecida nos termos do n.º 7 de tal preceito com base nesse contrato. Suscitam-se, por isso, dúvidas, quanto ao respeito das exigências de segurança jurídica numa matéria tão importante como a da filiação, atenta a invocabilidade a todo o tempo e por qualquer interessado da nulidade. Tais dúvidas estendem-se ainda à questão de saber se, e em que medida, o interesse da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição pode ser objeto de ponderação autónoma, em caso de nulidade do pertinente contrato, seja ele gratuito ou oneroso.

Num plano diferente, mas não menos relevante no quadro de um Estado de direito democrático, coloca-se ainda o problema da suficiência e determinabilidade do regime legal estabelecido quanto ao contrato de gestação de substituição, para mais num domínio coberto, ao menos parcialmente, pela reserva de lei parlamentar (n.ºs 4, 10 e 11, do artigo 8.º da LPMA). Com efeito, o legislador abdicou de intervir no tocante à conformação do conteúdo das cláusulas contratuais, limitando-se a prever a *existência necessária* de disposições sobre certas matérias e a *proibir* disposições que imponham «restrições de comportamentos à gestante de substituição» ou «normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade». Sendo o contrato uma expressão da autonomia privada das partes, a omissão de intervenção em causa *prima facie* até poderia parecer consequente. Simplesmente, o legislador também reconhece que o contrato é “supervisionado” pelo CNPMA e tem de ser pelo mesmo previamente autorizado. Ou seja, e sem prejuízo do início de vigência do regulamento referido no artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2016, ao abdicar nos termos referidos de intervir na conformação do conteúdo do contrato de gestação de substituição, o legislador acabou por remeter para o CNPMA a competência de delimitar positiva e negativamente o âmbito do exercício da autonomia privada das partes em tal contrato.

1.1.1. A questão dos limites à livre revogabilidade do consentimento da gestante

39. A essencialidade do consentimento da gestante para a eficácia do contrato de gestação de substituição já foi devidamente sublinhada. Se o contrato, para além da regulação de diferentes aspetos das relações entre as partes, traduz a adesão da gestante a um projeto parental dos beneficiários, aceitando, perante estes, que se submete a um conjunto de operações que visam, no final, dar à luz uma criança que seja tida como filha deles (cfr. *supra* os n.ºs 24 e 28), o referido consentimento destina-se a garantir que as obrigações assumidas em ordem a permitir alcançar tal finalidade — obrigações essas que interferem com direitos fundamentais da ges-

tante, nomeadamente o direito à integridade física, o direito à saúde e até o direito a constituir família e a ter filhos — não violentam a gestante, ficando salvaguardada a sua dignidade *ao longo de todo o processo* (cfr. *supra* os n.ºs 8, 28 e 29). Com efeito, qualquer uma das obrigações características do contrato de gestação de substituição — a submissão a uma técnica de PMA, a gravidez e o parto suportados no interesse dos beneficiários e a entrega a estes da criança nascida — só é juridicamente admissível porque consentida pela gestante. E este consentimento livre e esclarecido — é essa a razão de ser do estabelecimento de certas garantias procedimentais e organizatórias para a sua prestação —, que a vincula, tem de valer enquanto for condição indispensável à salvaguarda da dignidade da gestante, pois só desse modo pode desempenhar a função específica que lhe compete no âmbito do regime da gestação de substituição.

Dada a natureza jurídica do consentimento enquanto *negócio jurídico unilateral*, não é fácil a sua articulação jurídico-formal com o regime do contrato — um *negócio jurídico bilateral*. E o modo como a referência expressa ao contrato foi introduzida na lei também não ajuda (cfr. *supra* o n.º 29). De todo o modo, é seguro que a previsão legal do contrato e o seu regime não pode prejudicar a função própria e específica do consentimento, em particular o da gestante, sob pena de pôr em causa a própria admissibilidade constitucional da gestação de substituição. Recorde-se que uma das condições de admissibilidade do modelo português de gestação de substituição é, precisamente, a consideração de que o mesmo não põe em causa a dignidade da gestante (cfr. *supra* os n.ºs 28 e 29).

40. As aludidas dificuldades de articulação jurídico-formal do consentimento e do contrato transparecem, desde logo, na própria LPMA. Não obstante, e como referido, o legislador conservou a respetiva autonomia, assegurando que, pelo menos «até ao início dos processos terapêuticos de PMA», *o regime do contrato não pode pôr em causa as garantias legais conexas com a liberdade do consentimento*. Com efeito, a aplicabilidade do disposto no artigo 14.º, n.º 4, daquele diploma no âmbito da gestação de substituição, tanto aos beneficiários como à gestante — resultando tal aplicabilidade das remissões contidas no artigo 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5 —, significa que, mesmo existindo já contrato assinado entre as partes, qualquer uma delas pode revogar o consentimento previamente dado, fazendo desaparecer o pressuposto da celebração do próprio contrato e, conseqüentemente, determinando a sua total ineficácia.

O n.º 10 do artigo 8.º da LPMA estatui que a «celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito estabelecido entre as partes», os beneficiários e a gestante. É nesse acordo, supervisionado pelo CNPMA, que devem estar reguladas certas questões («as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez» — n.º 10); por outro lado, o mesmo acordo «não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade» (n.º 11 do mesmo artigo) nem prever pagamentos à gestante que ultrapassem «o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio» (*ibidem*, n.º 5). Em ordem a verificar a observância dos requisitos de legalidade do contrato, este tem de ser previamente autorizado pelo CNPMA (*ibidem*, n.º 4).

Mas o n.º 8 do mesmo artigo 8.º refere-se expressamente à «validade e eficácia do consentimento das partes», autonomizando-o do «regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição», e determinando que a tal matéria seja aplicado o disposto no artigo 14.º da LPMA. Este preceito, concebido especificamente para a *aplicação das técnicas de PMA*, tem como epígrafe «*Consentimento*» e disciplina as condições, termos e conteúdo de uma declaração negocial desse tipo, que, por natureza é unilateral. Como se referiu *supra* no n.º 8, o consentimento prestado no quadro da gestação de substituição não se limita a *autorizar* a aplicação de uma dada técnica de PMA; o mesmo *vincula* o emitente em relação a todo o processo de gestação de substituição, sendo, por isso, mais complexo e abrangente.

É mais *complexo*, porque exige uma declaração de consentimento dos beneficiários e outra da gestante, as quais não se dirigem apenas ao médico responsável, mas também aos próprios interessados: os beneficiários consentem, também perante a gestante, que nesta seja implantado um embrião constituído com recurso a gâmetas de, pelo menos, um deles; e a gestante consente, também perante os beneficiários, em que lhe seja implantado esse mesmo embrião.

O consentimento em apreço é também mais *abrangente*, uma vez que o seu objeto é não só a aplicação de uma técnica de PMA, mas todo o processo gestacional e o próprio parto. Daí a previsão no artigo 14.º, n.º 6, de que «os beneficiários e a gestante de substituição [sejam] ainda [– isto é, para além das informações respeitantes aos benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização de técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas –] informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal».

Deste modo, o consentimento dos beneficiários implica a *vontade positiva* de que o embrião criado com recurso ao seu material genético, implantado na gestante, desenvolvido por esta durante a gravidez e por ela dado à luz, seja tido como seu filho. Do mesmo modo, o consentimento da gestante traduz a *vontade positiva* de que a criança que vier a trazer no seu ventre e que vier a dar à luz não venha a ser sua filha, mas dos beneficiários. Esta autovinculação direcionada inerente ao consentimento prestado no âmbito da gestação de substituição explica a dificuldade em separá-lo de um acordo entre as partes. E, na verdade, faz todo o sentido acomodar as exigências relativas ao consentimento no próprio contrato.

41. Aliás, isso mesmo parece ter sido tentado no Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que veio regulamentar a Lei n.º 25/2016, e no contrato-tipo entretanto aprovado, mas com o objetivo de reduzir ao mínimo as referências autónomas ao consentimento e fazer coincidir o acordo com a declaração unilateral de consentimento.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, daquele diploma, o CNPMA aprova o contrato-tipo de gestação de substituição, do qual devem constar obrigatoriamente cláusulas tendo por objeto matérias enunciadas nas alíneas do n.º 3 do mesmo preceito. Entre estas, cumpre salientar, pela sua conexão com a questão do consentimento, as alíneas *e)* («[a] prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde») e *f)* («[a] prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal»), porquanto respeitam, respetivamente, às informações destinadas a garantir um consentimento informado previstas nos n.ºs 2 e 6 do artigo 14.º da LPMA. Verifica-se, deste modo, o esforço

de lograr que, por via da aceitação de um contrato que obedeça ao contrato-tipo, se preste simultaneamente o consentimento exigido.

Ainda assim, este surge autonomizado logo na alínea j), respeitante aos «termos da *revogação do consentimento* ou *do contrato* e as suas consequências» (itálicos aditados). E, sobretudo, no seguinte preceito:

«Artigo 4.º

Declaração negocial

Sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA.»

Recorde-se que o preceito citado do Código Penal respeita à interrupção voluntária da gravidez realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas de gravidez.

No contrato-tipo aprovado pelo CNPMA, já só se fala em «revogação do contrato», não para referir um acordo de revogação, mas a possibilidade de «qualquer uma das partes» livremente pôr termo ao contrato «até ao início do processo terapêutico de PMA» (cláusula 8.ª, n.º 1). Admite-se também a resolução (unilateral) do contrato nos casos de realização de interrupção voluntária da gravidez (cláusula 8.ª, n.ºs 1, parte final, e 2, só pela gestante, com referência à hipótese prevista no artigo 142.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal; cláusula 11.ª, por qualquer das partes, nas situações das alíneas a) ou b) do mesmo preceito). Os deveres de informação, assim como o consentimento prestado perante o médico constituem um pressuposto da assinatura do contrato, conforme referido no considerando g) do contrato-tipo (ainda que depois, nas cláusulas 2.ª, n.º 2, alínea a), e 5.ª, alínea a), se afirme constituírem direitos, respetivamente, da gestante e do casal beneficiário, serem informados de acordo com a previsão do artigo 14.º, n.º 2, da LPMA):

«O casal beneficiário e a gestante foram informados por escrito dos benefícios e dos riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, das suas implicações éticas, sociais e jurídicas e do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal, tendo prestado expressamente o seu consentimento para a realização dos necessários procedimentos de PMA de forma livre e esclarecida.»

42. Simplesmente, há que não confundir uma legítima acomodação contratual com uma indiferenciação ilegítima, atenta a *assimetria* existente entre o que é consentido pelos beneficiários e pela gestante e a *autonomia funcional* do consentimento de cada uma das partes no contrato.

Concentrando a atenção na gestante, verifica-se que é a saúde desta que corre maiores riscos e durante mais tempo e é ela que se vincula a suportar a gravidez e o parto e, depois deste, a entregar a criança aos beneficiários. Para a gestante, o seu consentimento cobre um significativo período de tempo, durante o qual o seu corpo e a sua saúde psicológica e emocional vão sofrendo alterações várias. Em termos funcionais, e como mencionado, a validade jurídica de qualquer uma das obrigações essenciais do contrato de gestação pressupõe a validade e eficácia do consentimento prévio da gestante, sob pena de a dignidade desta ficar comprometida. Por isso mesmo, o seu consentimento traduz o exercício do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade com referência a cada uma das fases do processo de gestação de substituição (cfr. *supra* o n.º 28).

Já para os beneficiários, depois da recolha dos gâmetas exigidos e da concretização da transferência uterina, um eventual passo atrás no que se refere ao seu consentimento, já não pode interferir com as aludidas obrigações essenciais do contrato. O carácter vinculativo do seu consentimento justifica-se em razão de tais obrigações recaírem sobre a gestante, e não sobre eles. Uma eventual desistência do projeto parental que assumiram inicialmente apenas poderia culminar, caso a gestação de substituição fosse bem sucedida, numa entrega para adoção. Assim, e diferentemente do que acontece no caso da gestante, o consentimento dos mesmos não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus. Aliás, como referido anteriormente, os beneficiários não têm um direito fundamental à procriação por via de gestação de substituição; esta última corresponde tão só a uma opção do legislador no sentido de possibilitar a concretização de um projeto parental que, de outro modo, não seria viável (cfr. *supra* o n.º 27).

O legislador manteve a referência expressa e autónoma ao *consentimento* e à sua *livre revogabilidade* no artigo 14.º, n.º 4, da LPMA, determinando que tal preceito «é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º» (v. o n.º 5 do mesmo artigo 14.º). É que, apesar de todas as conexões, a aceitação do contrato de gestação de substituição por parte da gestante *não garante necessariamente* a continuidade do seu consentimento por todo o tempo da execução do contrato. Como mencionado, o contrato pode acomodar as exigências relacionadas com o consentimento, em especial com os seus limites, mas também pode não o fazer. Neste caso, as exigências do consentimento, atenta a respetiva importância para a admissibilidade jurídica do próprio contrato, têm de prevalecer. E o legislador até o reconheceu no artigo 14.º, n.º 4, da LPMA: o consentimento é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos de PMA. A questão que este preceito suscita, depois, é a de saber se tal garantia, do ponto de vista da salvaguarda da dignidade da gestante, é suficiente.

43. Tal como conformado pela lei em vigor, o consentimento da gestante é prestado *ex ante* relativamente ao início do processo terapêutico de PMA e, *a fortiori*, à própria gravidez e ao parto, mais exatamente antes da celebração do contrato de gestação de substituição ou nesse momento. Tal consentimento baseia-se nas informações a que se reportam os n.ºs 2 e 6 do artigo 14.º: respetivamente, benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas; e significado da influência da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal. E o consentimento só pode ser revogado até ao início do dito processo terapêutico de PMA.

Sucedem que a gestação é um processo complexo, dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio. Daí poder questionar-se até que ponto é que um consentimento prestado *ainda antes da gravidez*, relativamente a todo o processo da gestação de substituição, desde a implantação do embrião até ao parto e, mesmo depois, até à entrega da criança aos beneficiários, é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo.

No *Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição*, elaborado pelo Conselheiro-Presidente Miguel Oliveira da Silva em vista do Parecer n.º 63/CNECV/2012, evidencia-se que a gestante não é neutra nem biológica nem afetivamente em relação ao feto e que existe uma interação entre ambos muito significativa:

«3.4. O ambiente uterino e sua influência determinante na pessoa humana

O microambiente uterino condiciona o funcionamento da placenta e o desenvolvimento do epigenoma fetal, isto sem alterar a sequência do DNA, leva a modificações do epigenoma (conjunto das modificações na cromatina [...], por metilação da DNA, modificações na histona e no micro RNA não codificante (*non-coding*)).

A gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspetos, o momento por excelência de ativa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (ativação e desativação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intrauterina, ativando uns genes, desativando outros, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno cientificamente cada vez mais determinante no futuro do embrião-feto e que, obviamente, varia de útero para útero.

O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética).

A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião.

E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) — nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna.

A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe “legal-social”, mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento — a relação não termina com o cumprimento do contrato.

A grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o microambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer)» (pp. 29-30).

A partir destas considerações, bem como do conhecimento da possibilidade de ocorrência de malformações do feto ou doenças fetais ou de que qualquer gravidez envolve, em maior ou menor grau, riscos para a saúde física ou psíquica da grávida (cfr. o artigo 8.º, n.º 10 da LPMA e o artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal), pode concluir-se com referência ao processo de gestação:

- Que se trata de um fenómeno dinâmico e imprevisível quanto a uma série de vicissitudes possíveis quer quanto ao feto-nascituro, quer quanto à grávida;
- Que no seu âmbito se constitui uma relação biológica e potencialmente afetiva entre a grávida e o feto;
- Que tal processo também pode interferir com a auto-compreensão da própria gestante.

Estas características da gravidez condicionam decisivamente a possibilidade de um esclarecimento cabal ou de uma informação completa *ex ante* e, consequentemente, a própria posição da gestante face aos beneficiários: não sendo possível antecipar e prever o que vai ocorrer nas várias fases, desde a implantação do embrião até à entrega da criança, pode duvidar-se da existência de um consentimento suficientemente informado e, como tal, adotado com plena consciência de todas as possíveis consequências. Inexistindo um esclarecimento suficiente, a escolha reali-

zada também não poderá considerar-se verdadeiramente livre. Em tais condições, caso a gestante se venha a opor à execução do contrato de gestação de substituição, é de concluir que uma eventual execução forçada do mesmo, ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento devem ser consideradas, como uma *afetação não realmente consentida* da sua personalidade.

Em qualquer caso, as referidas características da gestação também não permitem excluir — bem pelo contrário, antes justificam — uma eventual alteração das circunstâncias que subjetivamente determinaram o consentimento da gestante, fazendo com que o projeto parental inicial não corresponda mais à sua vontade. A consequência da verificação de tal hipótese será, uma vez mais, que as obrigações da gestante decorrentes do contrato de gestação de substituição, no momento da sua execução, já não correspondam à vontade da gestante, em termos de a mesma ter de ser forçada a cumpri-las, eventualmente por via direta — como poderá suceder com a entrega da criança —, ou, porventura mais frequentemente, por via indireta, mediante o pagamento de indemnizações compensatórias. Porém, dada a natureza pessoalíssima de tais obrigações, as mesmas só são compatíveis com a dignidade da gestante, na medida em que o seu cumprimento corresponda a uma atuação por si voluntariamente assumida.

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. Consequentemente, quer a *insuficiência de informação* eventualmente viciante do consentimento inicial da gestante, quer a *alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão de vicissitudes ocorridas durante a gestação ou o parto*, justificam a possibilidade da ocorrência de situações não consideradas no consentimento por ela previamente prestado e, por isso mesmo, incompatíveis com a afirmação da sua personalidade. Ou seja, tendo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.

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. A pura e simples autovinculação *antes do início do processo* de gestação de substituição não permite acautelar suficientemente tal voluntariedade *ao longo de todo o processo*. Por outras palavras, a aludida revogabilidade corresponde a uma *garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante*, o qual constitui um alicerce fundamental do modelo português de gestação de substituição. 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. 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.

Simetricamente, o *estabelecimento de limites legais à revogabilidade do consentimento* da gestante não pode deixar de corresponder à definição de outras tantas *restrições* do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, nomeadamente para salvaguarda do interesse dos beneficiários e do respetivo projeto parental. Apesar de vinculante desde o início, o consentimento da gestante, para garantia da sua dignidade pessoal, tem de se manter *atual* ao longo de todo o processo de gestação de substituição, nomeadamente enquanto aquela cumpre as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição (cfr. *supra* os n.ºs 39 e 42). Consequentemente, a imposição sem exceção da vinculatividade de tal consentimento — que é prestado ainda antes da transferência do embrião —, até ao fim do processo de gestação de substituição, apesar de o mesmo não se poder ter como totalmente esclarecido — dada a imprevisibilidade de todas as vicissitudes que podem ocorrer durante o período de gestação e durante o próprio parto —, nem poder antecipar alterações de circunstâncias subjetivas essenciais ocorridas durante o mesmo período, revela-se como uma limitação severa da mencionada exigência de atualidade. Com efeito, a vinculação ao consentimento anteriormente prestado não impede que, por razões atendíveis inerentes à necessária incompletude da informação inicial ou à própria dinâmica da gravidez, em algum momento até depois do parto, a gestante seja confrontada com uma obrigação — continuar a suportar gravidez de um filho destinado aos beneficiários ou proceder à sua entrega após o parto — cujo cumprimento já não corresponde à sua vontade mais profunda e antes constitua, para si, uma violência. Ora, o consentimento que lhe é exigido para participar num processo de gestação de substituição visa também prevenir tal tipo de situações, uma vez que as mesmas convertem — e degradam — o que foi concebido como ato de solidariedade ativa numa instrumentalização atentatória da sua dignidade pessoal.

O artigo 14.º, n.º 4, da LPMA, aplicável à gestante por remissão do artigo 8.º, n.º 8, daquela Lei, e confirmada pelo disposto no n.º 5 do mesmo artigo 14.º («o disposto nos números anteriores é aplicável à gestante»), só admite a livre revogação do seu consentimento «até ao início dos processos terapêuticos de PMA». Neste caso, está em causa a defesa dos interesses dos beneficiários perante uma eventual “mudança de ideias” ou o “arrependimento” da gestante, que se traduz na vontade de a mesma se afastar do projeto parental daqueles e no qual se dispusera a participar (cfr. *supra* os n.ºs 24 e 28).

44. A gestante pode afastar-se do projeto parental dos beneficiários por *não querer levar a gestação até ao fim*, realizando uma interrupção voluntária da gravidez, ou por, inversamente, querer levar a gravidez até ao fim e *assumir um projeto parental próprio*. Em razão do exposto, cumpre analisar se — e em que casos — a proibição de revogação do seu consentimento estatuída no citado artigo 14.º, n.º 4, da LPMA é legítima ou excessiva, atentos os interesses em causa.

Naturalmente que também os beneficiários podem querer afastar-se, por razões supervenientes, do seu próprio projeto parental (nomeadamente, em hipótese de divórcio, de doença incurável ou mesmo da morte de um deles, mas também de malformações do feto ou de doenças fetais entretanto detetadas). Simplesmente, a aludida assimetria das obrigações assumidas pelos beneficiários e pela gestante no âmbito da gestação de substituição (cfr. *supra* o n.º 42), bem como a circunstância de nenhuma mulher poder ser obrigada a realizar uma interrupção voluntária da

gravidez contra a sua vontade, ainda que se encontrem reunidos os pressupostos legais para o efeito, tem como consequência que, depois da transferência uterina, isto é, da implantação do embrião no útero da gestante, os primeiros já não possam voltar atrás nem exigir à gestante que o faça, mesmo no caso desta não querer assumir um projeto parental próprio relativamente ao nascituro que traga no seu ventre. A única solução, nesses casos, será, portanto, a entrega pelos beneficiários da criança nascida na sequência do recurso a gestação de substituição — e que é sua filha, nos termos do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA — para adoção (cfr., sobre as questões suscitadas pelas várias hipóteses de arrependimento das partes no contrato de gestação de substituição, VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)” in *Revista do Ministério Público*, n.º 149 (janeiro-março de 2017), pp. 9 e ss., em especial, pp. 15 e ss. e 31 e ss.).

Haveria ainda a considerar a possibilidade de as partes quererem revogar por acordo o contrato de gestação de substituição, já depois de realizada a transferência uterina — hipótese não expressamente prevista e que poderia suscitar dificuldades em virtude de o mesmo não ser inteiramente livre, uma vez que tem de ser previamente autorizado. Contudo, bem vistas as coisas, tal possibilidade acaba por se reconduzir à situação em que a gestante revoga o seu consentimento, seja por não querer levar a gestação até ao fim, seja por querer assumir um projeto parental próprio. A única diferença consiste em tal revogação ocorrer numa situação em que não existe qualquer conflito com a vontade dos beneficiários.

45. No que se refere ao afastamento da gestante relativamente ao projeto parental dos beneficiários em virtude de *não querer* levar a gravidez até ao fim, poderia pensar-se que os mesmos são objeto de disciplina legal no artigo 8.º, n.º 10 da LPMA. Contudo este preceito limita-se a estabelecer que do contrato de gestação de substituição «devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez». Ou seja, na sua letra, o mesmo preceito não assegura à gestante a possibilidade de, por si só, e *sem consequências indemnizatórias*, decidir realizar uma interrupção voluntária da gravidez (“ivg”) nas situações em que a mesma se encontra legalmente garantida, conforme previsto no artigo 142.º do Código Penal e na Lei n.º 16/2007, de 17 de abril.

Tal interpretação é confirmada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, que, em todo o caso, ressalva a possibilidade de realização de ivg, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez (cfr. o artigo 4.º, com referência à alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal). Para as demais situações legalmente previstas, vale a determinação de que o contrato-tipo contenha cláusulas tendo por objeto as «disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor» (v. *ibidem*, artigo 3.º, n.º 3, alínea h)).

No contrato-tipo já aprovado, aquela ressalva também se encontra prevista, a título de «revogação do contrato», sem prejuízo da obrigação de reembolsar o casal beneficiário das despesas realizadas (cfr. a cláusula 8.^a). Admite-se também a «resolução do contrato por qualquer das partes, sem que haja lugar ao pagamento de qualquer indemnização», em caso de ivg realizada ao abrigo das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal: remoção ou prevenção do perigo de morte ou de grave e irreversível (ou duradoura) lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.

Porém, já no que se refere às situações previstas na alínea c) do mesmo preceito do Código Penal (existência de «seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo»), a cláusula 9.^a estabelece que a decisão da concretização da IVG «caberá *em conjunto* ao casal beneficiário e à gestante» (itálico aditado). E, se a gestante, «*contra a vontade declarada do casal beneficiário*» (itálico aditado), não concretizar a IVG nessas mesmas situações, fica obrigada a indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo casal beneficiário em consequência do nascimento de uma criança naquelas condições (cfr. a cláusula 10.^a).

Em suma, as referências às disposições sobre IVG contidas no referido artigo 8.º, n.º 10, da LPMA não permitem assegurar que em *todas* as circunstâncias que, de acordo com a lei vigente, excluem a ilicitude da IVG realizada por escolha da mulher grávida (deixando de lado, por não relevante *in casu*, a situação prevista na alínea d) do artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal — gravidez resultante de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual), a gestante também o possa fazer, sozinha e sem penalizações, num estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido. Deste modo, a limitação à revogabilidade do seu consentimento estatuída no artigo 14.º, n.º 4, da mesma Lei, aplicável por força das remissões constantes dos seus artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, abre espaço para uma *intervenção condicionadora dos beneficiários* neste domínio. A anterior análise de algumas cláusulas do contrato-tipo comprova isso mesmo.

Mais importante ainda é verificar que todas as situações de facto antes consideradas em que a IVG não é punível — opção da mulher grávida até às 10 semanas, perigo de vida ou perigo para a saúde física ou psíquica da mulher grávida ou risco grave de que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita — representam circunstâncias atendíveis e justificativas de uma mudança de ideias da gestante de substituição quanto à sua gravidez, designadamente no sentido de não querer levá-la até ao fim. No quadro da gestação de substituição, dir-se-á que a opção de realizar uma IVG, nos casos e nos termos em que a *lei geral* a admite, corresponde a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante. Mas essa opção, devido à impossibilidade de revogação do consentimento, não se encontra salvaguardada em toda a sua amplitude (desde logo, por exemplo, no que se refere à exclusão de penalizações — cfr., no sentido da responsabilização da gestante em caso de abortamento voluntário, VERA LÚCIA RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação...” cit., pp. 33-34).

46. Ora, tal limite à revogação do consentimento, não se revelando inadequado nem desnecessário à proteção do projeto parental dos beneficiários e dos seus interesses e expectativas, apresenta-se, todavia, *excessivo*, pelo sacrifício que impõe a um direito fundamental da gestante de substituição.

Recorde-se que é esta quem, no exercício da sua *autonomia pessoal*, aceita participar no projeto parental dos beneficiários, viabilizando-o (cfr. *supra* os n.ºs 24 e 28). Estes últimos apenas gozam da *faculdade legal* (cfr. *supra* o n.º 27) de, por via da gestação de substituição, tentarem concretizar um projeto parental próprio, que, todavia, depende da disponibilidade de alguém que, por razões exclusivamente altruístas, se disponha a assumir obrigações pessoais que, não fora o reconhecimento desse altruísmo enquanto exteriorização livre da respetiva personalidade, representa-

riam uma instrumentalização inadmissível da sua pessoa. Ou seja: o projeto parental em causa não assenta exclusivamente no desejo de parentalidade dos beneficiários; não menos essencial é a vontade da gestante de que os mesmos sejam pais da criança que esta vier a dar à luz. Os beneficiários e a gestante de substituição não podem, assim, deixar de estar cientes de que o caráter *voluntário* das obrigações características do contrato de gestação de substituição é *essencial* ao respetivo cumprimento.

Por força das características próprias da gravidez, enquanto fenómeno biológico, psicológico e potencialmente afetivo com caráter dinâmico e imprevisível quanto a diversas vicissitudes, não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida e insuscetível de sofrer modificações em virtude de desenvolvimentos não previstos ocorridos durante o próprio processo gestacional (cfr. *supra* o n.º 43). Consequentemente, as obrigações contratualmente assumidas e consentidas *a priori*, podem a partir de um dado momento deixar de corresponder à vontade da gestante, de modo tal que o respetivo cumprimento deixe de traduzir uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. O consentimento inicial deixa, assim, de ser atual, por razões atendíveis.

Nestas circunstâncias, forçar o cumprimento de tais obrigações — no caso ora considerado, condicionar de algum modo o abandono do projeto parental que deixou de ser partilhado pela gestante com o objetivo de que o mesmo seja levado até ao parto — implicaria instrumentalizar a gestante ao mesmo projeto parental, interferindo gravemente com a sua capacidade de autodeterminação e, em última análise, com a sua dignidade pessoal. O quadro em que a gestante, no exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, consentiu na gestação de substituição mostra-se alterado em termos tais, que a prossecução da mesma gestação já não traduz uma manifestação de tal direito. Porém, e como referido, esse é o pressuposto fundamental da legitimidade da intervenção e participação da gestante de substituição: na ausência de vontade positiva *atual*, a sua participação degrada-se em instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. Daí a importância de acautelar a permanência de tal vontade ao longo de todo o processo, o que só é possível mediante a admissão da *livre revogabilidade* do consentimento da gestante até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição.

Do lado dos beneficiários, a admissão de tal revogação implica subordinar o destino do projeto parental por eles concebido — e para o qual também contribuíram decisivamente fornecendo gâmetas essenciais à formação do embrião transferido para o útero da gestante — a uma disposição de vontade da gestante, frustrando, desse modo, expectativas legítimas quanto à possibilidade de ter uma família com filhos seus.

Mas, a verdade é que o projeto em causa *depende desde o início da solidariedade ativa da gestante*; nunca é autónomo. Com se referiu acima, o mesmo até é, em certo sentido, *partilhado* pelos beneficiários e pela gestante (cfr. *supra* os n.ºs 8 e 24). Sendo certo, por outro lado, que tal partilha fundada na solidariedade ativa se mantém ao longo de todo o processo. De acordo com esta perspetiva — a única que permite legitimar o projeto parental dos beneficiários à luz do princípio da dignidade humana da gestante (cfr. *supra* o n.º 28) —, a revogação do consentimento no caso de a mencionada solidariedade desaparecer não constitui um elemento estranho ao próprio projeto parental, sendo antes uma possibilidade ineliminável que o mesmo necessariamente integra.

Acresce que, num quadro como o descrito, o afastamento da gestante do projeto parental a que inicialmente aderira, designadamente a vontade de não levar a gestação até ao fim em qualquer uma das situações em que a lei geral não pune a IVG, é motivado por razões ponderosas e atendíveis, de resto assim consideradas por essa mesma lei, pelo que a gravidade da decisão da gestante não pode ser desvalorizada nem ignorada.

Confrontando o peso das expectativas dos beneficiários protegidas pela irrevogabilidade do consentimento da gestante, com o sacrifício, momentaneamente quase total, do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade desta última determinado por tal irrevogabilidade, sempre que estejam em causa as citadas situações, a *desproporção* é manifesta. Os inconvenientes e frustrações dos primeiros não justificam a instrumentalização da segunda em ordem a evitá-los. A verificar-se tal instrumentalização, seria violado o dito direito fundamental da gestante, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. E, a única garantia de que tal não suceda, é, como referido anteriormente, salvaguardar a possibilidade de a gestante revogar o seu consentimento para além do início dos processos terapêuticos de PMA.

Deste modo, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição).

47. Estas considerações também são aplicáveis no caso da gestante de substituição se afastar do projeto parental dos beneficiários em virtude de *querer* levar a gravidez até ao fim e *assumir um projeto parental próprio*. Simplesmente, a existência de um concurso positivo de pretensões quanto à parentalidade da criança que vier a nascer ou já nascida torna as ponderações muito mais complexas, desde logo porque é necessário considerar também o interesse da criança. Com efeito, num tal quadro, a gravidez é levada até ao seu termo, e, uma vez nascida a criança, tanto os beneficiários, como a gestante pretendem assumir responsabilidades parentais quanto à mesma.

Uma tal hipótese não é admitida pela lei não só por causa do limite à revogabilidade do consentimento da gestante consagrado no artigo 14.º, n.º 4, da LPMA e já analisado, como também devido à regra especial de estabelecimento da filiação consagrada no artigo 8.º, n.º 7, da mesma Lei, no pressuposto da existência de um contrato de gestação de substituição válido e eficaz: a «criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários».

Tal como anteriormente analisado, estas regras não são inadequadas nem desnecessárias à salvaguarda da posição dos beneficiários. Contudo, as mesmas não têm em atenção que durante a gravidez e até ao parto a única relação que existe com a criança que vai nascer é aquela que se estabelece entre a gestante e o nascituro, com relevância nos planos biológico e epigenético, bem como nos planos afetivo e emocional: a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião e, inversamente, o embrião-feto altera a grávida para sempre; e é durante a gestação que se estabelece uma vinculação afetiva entre o nascituro e a grávida (cfr. *supra* o n.º 43). As regras em apreço também desconsideram que, a partir do nascimento, o interesse da criança deve ser o principal critério de todas as decisões que sejam tomadas em

relação ao destino da mesma (cfr. o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança e *supra* o n.º 33).

Para a análise da validade daquelas normas, não é decisivo se a pretensão concorrente da gestante se manifesta antes ou depois do parto. O momento crítico é o do cumprimento da última obrigação essencial do contrato, ou seja, o da entrega da criança aos beneficiários. Com efeito, além de ser nessa altura que a gestante executa a parte que faltava do contrato de gestação de substituição que lhe corresponde, tal ato, sendo praticado voluntariamente, é comparável ao consentimento para adoção (cfr. o 1981.º, n.º 1, do Código Civil). Por conseguinte, o que releva é a revogação pela gestante do seu consentimento inicial *antes* de entregar voluntariamente a criança que deu à luz ao casal beneficiário. Depois desse momento, estabelece-se uma *nova relação* entre estes últimos e o recém-nascido, deixando a gestante de ter argumentos que justifiquem voltar atrás (analogamente, quanto à adoção, v. o artigo 1983.º, n.º 1, do Código Civil).

Por outro lado, a solução a dar ao problema do concurso de projetos parentais também não é influenciada pela circunstância de ambos os beneficiários serem progenitores genéticos da criança, em virtude de o embrião ter sido formado com gâmetas de ambos, ou só de um deles. Está em causa uma escolha apenas entre o projeto parental dos beneficiários ou o projeto parental assumido pela gestante.

Cumpra analisar separadamente as posições da gestante e da criança nascida.

Quanto à gestante, valem as considerações feitas *supra* no n.º 46, a propósito da ponderação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade com o interesse dos beneficiários na defesa do respetivo projeto parental. Só que no caso ora considerado, as razões do afastamento de tal projeto por parte da gestante já não visam somente a proteção de bens pessoais dela (eventualmente, conjugados com a sua perceção sobre o que poderia ser o bem ou mal da criança que viesse a dar à luz) — como sucedia em relação à opção até às 10 semanas, ao perigo de vida ou perigo para a sua saúde física ou psíquica ou risco grave de que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita —, mas também a continuação de uma relação com a criança nascida no quadro de um projeto parental que *concorre* com aquele em função do qual os beneficiários, num momento inicial, contribuíram com o seu material genético para que tal relação se pudesse estabelecer.

Decerto que, do lado da gestante, pesam os citados argumentos decorrentes do seu direito ao desenvolvimento da personalidade e das exigências de atualidade do consentimento, por forma a assegurar que o cumprimento das obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição traduza uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. Na hipótese ora considerada, a sua posição até se reforça em virtude de, com base num projeto parental próprio para a criança que se desenvolveu no seu ventre e que por si foi dada à luz, pretender exercer também o seu direito de constituir família, ainda que com uma criança relativamente à qual não pode ser considerada progenitora genética. Pese embora esta nova pretensão, também é menos evidente que as suas razões devam prevalecer *sempre* sobre as dos beneficiários. Afinal, o que está em causa para estes também é a afirmação de um projeto parental próprio que viabilize uma família com um filho geneticamente seu, ao menos em parte.

Contudo, as soluções normativas em análise impõem a consequência contrária: a prevalência absoluta das razões dos beneficiários, não deixando qualquer espaço para ponderar, em cada caso, também aquelas que legitimamente a gestante pudesse invocar. A consequência dessa desconsideração total é o risco de instrumentalização

da gestante, nos termos já referidos, incompatível com o respeito do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, sempre que, em função das vicissitudes ocorridas durante a gravidez ou o parto e do próprio comportamento dos beneficiários, não fosse de excluir que a separação da criança da gestante representasse para esta um sacrifício maior do que aquele que representaria para os beneficiários a não entrega da criança.

Acresce a necessidade de considerar a criança entretanto nascida e cuja entrega está em causa, uma vez que é o seu interesse que deve presidir à solução do conflito entre os dois projetos parentais. É certo que, de acordo com as regras ora em análise, tal conflito nem deveria poder ocorrer. Mas, dado que se impõe a consideração da posição da gestante, tendo em conta as exigências do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e a relevância constitutiva da relação intrauterina, a importância da criança não pode ser obnubilada: a mesma não pode ser tratada como simples objeto numa disputa entre terceiros. 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; cfr. também *supra* o n.º 35).

Em suma, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição), estendendo-se tal juízo consequencialmente, e pelas mesmas razões, à norma do n.º 7 do artigo 8.º daquela Lei, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é *sempre* tida como filha dos respetivos beneficiários. Na verdade, esta última norma, ao estabelecer um critério especial de filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição no pressuposto de que a gestante prestou o seu consentimento livre e esclarecido a tal modo de procriação, não ressalva a possibilidade de revogação desse mesmo consentimento — revogação essa que, por sua vez, implica a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil — que, conforme referido, constitui uma condição necessária da salvaguarda do direito ao desenvolvimento da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição.

1.1.2. As questões relativas ao regime da nulidade do contrato de gestação de substituição gratuito

48. Tendo em vista salvaguardar no plano juscivilístico o modelo português de gestação de substituição, o n.º 12 do artigo 8.º da LPMA determina que «[s]ão nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, que não respeitem o disposto nos números anteriores».

A nulidade é a consequência aplicável aos negócios jurídicos celebrados contra a lei (cfr. o artigo 294.º do Código Civil). E, nos termos gerais, «é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal»,

produzindo a sua declaração efeito retroativo, com a consequência de dever «ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente» (cfr. os artigos 286.º e 289.º, n.º 1, ambos do citado Código). Os efeitos jurídicos de um negócio jurídico declarado nulo são eliminados do ordenamento.

Um dos efeitos visados pelo recurso à gestação de substituição é o estabelecimento da filiação da criança dada à luz pela gestante em relação aos beneficiários, isto é, àqueles que celebraram com aquela um contrato de gestação de substituição (cfr. o artigo 8.º, n.º 7, da LPMA e *supra* o n.º 8). Assim, caso os efeitos deste contrato sejam eliminados do ordenamento em consequência da declaração da sua nulidade, na ausência de regulamentação específica, aquela regra especial de filiação deixa de ser aplicável, passando a matéria a reger-se pela lei geral: relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil). Deste modo, a gestante passa a ter de ser considerada mãe da criança.

Apesar de não serem de excluir em absoluto outros entendimentos, fundados designadamente nos elementos histórico, teleológico e sistemático de interpretação, a verdade é que o mencionado se apresenta como o mais plausível do ponto de vista literal e do modo como o carácter excepcional da licitude do contrato de gestação de substituição se encontra legalmente consagrada (cfr. *supra* o n.º 7). Acresce que interpretações alternativas, porventura consideradas mais consentâneas com a conformidade constitucional do regime em causa, não podem ser impostas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstrata, pelo que a norma a apreciar deve ser entendida com o sentido indicado.

Se a solução em análise é coerente com o estabelecimento de requisitos legais de validade do contrato de gestação de substituição e, outrossim, com a incriminação no artigo 39.º da LPMA da celebração desses contratos a título gratuito ou oneroso fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º do mesmo diploma, a verdade é que a mesma pode conduzir a resultados perversos. Com efeito, a previsão de um mero regime de nulidade do contrato de gestação para a hipótese de o mesmo violar o regime aplicável da LPMA, sem se regular de forma cuidadosa as eventuais consequências que possam decorrer desse negócio nulo em matéria de filiação da criança, poderá colocar gravemente em causa o seu superior interesse. Sendo certo, além disso, que a criança em nada contribuiu para as ilegalidades cometidas.

49. O contrato de gestação de substituição está sujeito a autorização prévia e é supervisionado pelo CNPMA, pelo que, em princípio, os problemas relativamente à sua legalidade são prevenidos por essa via. Ainda assim, a *rigidez* do regime da nulidade, nomeadamente quanto à invocabilidade de causas a todo o tempo, e a sua *uniformidade* decorrente da eliminação retroativa de todos os efeitos jurídicos decorrente da declaração de nulidade, suscitam dificuldades, quando confrontadas com a diversidade de situações possíveis e a dinâmica da própria vida, sobretudo depois de o contrato de gestação de substituição já ter sido integralmente executado.

Note-se, desde logo, que a verificação dos pressupostos negativos previstos nos n.ºs 5 (inexistência de «qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia» dos beneficiários à gestante) e 6 (inexistência de relação de subordinação económica) do artigo 8.º da LPMA não é isenta de dúvidas, tanto mais que não se encontram previstos procedimentos específicos adequados à sua comprovação, antes, durante ou após a execução do contrato de gestação de substituição. Tal circunstância, conjugada com a possibilidade de, a todo o tempo, qualquer

interessado poder vir a suscitar dúvidas quanto à sua observância, mina a confiança na filiação legalmente estabelecida.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de, passados uns anos sobre a entrega aos beneficiários da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição — e do consequente registo da criança da criança como filha dos mesmos —, se descobrir que afinal os beneficiários com quem a criança atualmente vive efetuaram pagamentos à gestante que excediam numa dada percentagem o valor das «despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestados» (artigo 8.º, n.º 5). Deve tudo regressar ao início abstraindo dos laços de convivência entretanto estabelecidos? É indiferente o tempo decorrido desde a entrega da criança? Ou o momento em que o pagamento em excesso foi realizado — antes, durante ou somente depois da execução do contrato? E a dimensão do excesso detetado? A solução deverá ser sempre a mesma quer esteja em causa um excesso de 10%, de 100% ou de 1000%?

Mas também em relação aos demais pressupostos o regime da nulidade pode não se mostrar adequado. Por exemplo, a comprovação do pressuposto referido no n.º 2 do artigo 8.º pelo conceito indeterminado *situações clínicas que justifiquem* o recurso excepcional à gestação de substituição pode igualmente dar lugar a dúvidas.

A rigidez excessiva inerente à invocabilidade da nulidade sem limite de tempo torna-se evidente quando confrontada com a possibilidade de o procedimento criminal relativamente aos crimes tipificados no artigo 39.º da LPMA se extinguir, por prescrição, nos prazos de dois ou cinco anos, conforme a pena máxima aplicável (cfr. o artigo 118.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Código Penal). Por outro lado, o regime da nulidade não permite diferenciações, seja em função da gravidade de cada causa, seja em função da realidade criada na sequência da execução de um contrato nulo.

Nos casos em que o ovócito utilizado pertença a uma terceira mulher dadora, a solução quanto à maternidade prevista na lei geral é reforçada pelo n.º 2 do artigo 10.º da LPMA, segundo o qual «os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer». Assim sendo, afasta-se a solução de maternidade da terceira dadora, a qual manifestamente não faria sentido, na medida em que esta efetuou a doação do ovócito sem qualquer projeto parental face à criança a conceber. Porém, relativamente à situação de paternidade, deve continuar a ser considerado pai o beneficiário cujo material genético tenha sido utilizado na conceção, uma vez que este não é um qualquer “terceiro dador” para efeitos do citado preceito. Mas, a verdade é que os gâmetas do beneficiário foram cedidos em função da concretização de um projeto parental em que a mãe da criança seria a beneficiária, e não a gestante, que, à partida, também acedeu em participar no processo sem querer ser mãe da criança que viesse a dar à luz. A densidade problemática da situação agrava-se, caso o embrião tenha sido gerado também a partir de um ovócito da beneficiária: a “mãe genética e social” com um projeto parental para a criança perde a maternidade para a “mãe jurídica”, que, todavia, não pretende sê-lo nem tem qualquer projeto parental relativamente à mesma criança. Naturalmente, é fácil compreender que a incerteza e as inúmeras implicações legais, familiares e sucessórias para a criança, numa situação deste tipo, são de extrema relevância, e que cabe ao Estado protegê-la, na medida do possível, através de uma modelação adequada do regime legal.

As insuficiências e inadequação de um regime tão indiferenciado também foram denunciadas pelo CNECV, mesmo em relação à redação originária do artigo 8.º da LPMA, que no n.º 1 cominava a nulidade dos negócios jurídicos de «maternidade de substituição», retirando, no n.º 3, a pertinente consequência de que a «mulher

que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer». Com efeito, pode ler-se no Parecer n.º 63/CNECV/2012:

«[M]erece também reserva ética a solução constante da atual lei [...], segundo a qual, nas situações de concretização de uma maternidade de substituição em contravenção ao disposto na lei, a mãe de gestação é considerada, para todos os efeitos legais, como mãe da criança nascida neste processo (art. 8.º, n.º 3, da lei atual).

Uma solução deste tipo, na sua rigidez e não atendibilidade das circunstâncias concretas e não complementada com outras garantias (como poderia ser a dependência da avaliação judicial das circunstâncias do caso), só pode ser justificada como meio de sanção e tentativa de dissuasão de comportamentos e práticas ilegais.

No entanto, pela sua inflexibilidade pode significar, em termos práticos, que, contra o interesse da criança, se esteja a impor a sua vinculação filial a quem a rejeita e nunca a assumiu em projeto parental próprio ou se esteja, em alternativa, a determinar a eventual institucionalização da criança (por exemplo numa situação em que a mãe fosse condenada a pena de prisão pela prática ilegal da gestação de substituição) e sempre com simultânea privação do vínculo com as pessoas envolvidas no respetivo projeto parental e que até podem ser seus progenitores biológicos» (v. o n.º 2, alínea c), pp. 10-11).

A partir destas considerações, o citado Conselho concluiu o seguinte:

«O CNECV manifesta, por eventualmente contrária aos interesses da criança e por poder conduzir a situações absurdas, reserva ética à atual solução legislativa [...], segundo a qual a gestação de substituição feita em contravenção ao disposto na lei determina inflexivelmente que a mãe de gestação seja necessariamente considerada para todos os efeitos legais como mãe da criança assim gerada, sugerindo alternativamente que seja deixada ao juiz a busca da solução mais adequada atendendo às circunstâncias do caso, pelo menos para efeitos de tutela e guarda» (v. *ibidem*, III, n.º 3, p. 12).

50. Na verdade, a possibilidade de *a todo o tempo* questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma *inobservância qualificada*) de um qualquer pressuposto (e não apenas de *pressupostos fundamentais* como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a *segurança jurídica* exigível em matéria de estatuto das pessoas. As soluções legais devem assegurar que as posições jurídicas definidas nesse domínio se possam consolidar e que, a partir do momento em que tal se verifique, não possam mais ser postas em causa, salvo por razões imperiosas de interesse público ou que contendam com interesses fundamentais dos particulares envolvidos. Ora, o regime consagrado no n.º 12 do artigo 8.º da LPMA, não só não permite a referida consolidação, como não diferencia em função do tempo ou da gravidade as causas invocadas para justificar a declaração de nulidade. Tal solução mostra-se, por isso, incompatível com o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Por outro lado, o mesmo regime, na sua abstração e com o automatismo dos efeitos legais que lhe estão associados, também não permite acautelar a solução que, em concreto, se revele como a mais adequada ao desenvolvimento integral da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição nulo. A este res-

peito deve recordar-se que, conforme este Tribunal tem entendido, a filiação jurídica é uma vertente do próprio direito à identidade pessoal consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição:

«[O] estabelecimento jurídico dos vínculos da filiação, com todos os seus efeitos, conferindo ao indivíduo o estatuto inerente à qualidade de filho de determinadas pessoas, assume igualmente um papel relevante na caracterização individualizadora duma pessoa na vida em sociedade. A ascendência funciona aqui como um dos elementos identificadores de cada pessoa como indivíduo singular. Ser filho de é algo que nos distingue e caracteriza perante os outros, pelo que o direito à identidade pessoal também compreende o direito ao estabelecimento jurídico da maternidade e da paternidade» (assim, v. Acórdão n.º 401/2011).

Ora, a solução indiferenciada e com efeitos *ex lege* própria do regime da nulidade obsta à consideração deste interesse fundamental da criança concretamente em causa — o respetivo direito à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição —, podendo concluir-se que na sua adoção o legislador *não tomou* «primacialmente em conta o superior interesse da criança», conforme exigido pelo artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Nessa mesma medida, o legislador violou o dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição.

1.1.3. A questão da indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição

51. O contrato de gestação de substituição celebrado nos termos legais torna juridicamente possível que uma criança nascida do ventre de uma mulher — a gestante — seja tida como filha de outra — a beneficiária. Em vista disso, tal contrato deve disciplinar comportamentos concretos da gestante que traduzem o modo como esta colabora em todo o processo, exercendo o seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, bem como a liberdade de não constituir família com uma criança que tenha dado à luz (cfr. *supra*, respetivamente, os n.ºs 28 e 8). Mas, a partir do momento em que é legalmente admitido, aquele contrato faculta igualmente aos beneficiários a possibilidade de procriarem, ou seja, de constituir família com um filho que é geneticamente seu. Por outro lado, uma das condições legais da admissibilidade de tal contrato é ter sido previamente autorizado pelo CNPMA, sendo o seu conteúdo supervisionado pelo mesmo Conselho (cfr. os n.ºs 3, 4 e 10 do artigo 8.º da LPMA).

Acontece que o legislador se limitou a prever a *existência necessária* de disposições sobre certas matérias, nomeadamente «as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez» — e a *proibir* disposições que imponham «restrições de comportamentos à gestante de substituição» ou «normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade» (v. *ibidem*, n.ºs 10 e 11), não dando mais indicações quanto aos limites positivos e negativos a observar pelas partes na conformação do conteúdo contratual. A este propósito refere VERA LÚCIA RAPOSO:

«Em suma, as normas sobre o contrato de gestação são escassas e dúbias. De modo que o conteúdo e regime destes contratos será quase totalmente edificado, por um lado, pelas próprias partes; por outro lado, pelo direito dos contratos. Ora, embora a liberdade contratual deva certamente desempenhar um papel decisivo neste

ensejo, deveria ainda assim o legislador ter regulamentado algumas questões, como aliás é habitual suceder nos contratos mais propensos a abusos da liberdade contratual [...]

Prever uma figura jurídica e impor-lhe um par de proibições não é regulamentá-la e estes contratos, pela sua especial sensibilidade e pelos direitos e interesses envolvidos, mereceriam (e necessitariam) tal regulamentação. [...]

[As] especificidades que [o contrato de gestação de substituição] apresenta (aliás, nem se trata de um contrato típico) e a especial sensibilidade dos interesses envolvidos demandam uma adequação das regras contratuais, especialmente no que respeita à responsabilidade contratual. Sucede que o legislador optou por não intervir. A Lei n.º 32/2006 é praticamente omissa quanto ao conteúdo do contrato e às consequências do seu incumprimento e as escassas normas que contém a esse respeito geram mais dúvidas do que respostas. De modo que caberá ao CNPMA, aos tribunais e eventualmente às partes criar uma regulamentação dos contratos de gestação mais adequada a estes cenários do que aquela que resulta estritamente do CC» (v. a Autora cit., “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação...” cit., pp. 10 e 23-24).

Na verdade, a lei é omissa quanto aos *critérios de autorização prévia* do contrato de gestação de substituição e relativamente à *supervisão do conteúdo* do mesmo contrato, que, por sua vez, condiciona a mencionada autorização. E, todavia, tais critérios, desde logo por razões de igualdade, não podem deixar de ser *uniformes* para todos os contratos, especialmente, e tendo em conta a natureza das matérias em causa, no que se refere ao sentido das aludidas cláusulas de existência obrigatória e ao núcleo das restrições proibidas. Ou seja, a definição dos critérios em apreço revela-se essencial à operacionalização da gestação de substituição.

De resto, o próprio legislador não deixou de reconhecer a necessidade de regulamentação do artigo 8.º da LPMA, com a redação dada pela Lei n.º 25/2016. Nesse sentido, estabeleceu no artigo 4.º, n.º 2, desta última que as modificações pela mesma introduzidas no citado artigo 8.º (assim como as respeitantes ao artigo 39.º) só entrariam em vigor na data do início de vigência da regulamentação prevista no seu artigo 3.º.

A regulamentação em apreço veio a ser realizada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, podendo ler-se no seu preâmbulo:

«[Das consultas realizadas e da reflexão efetuada resultou] a identificação de matérias que, com o acesso à gestação de substituição, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, se considera relevante regulamentar. Cabe, agora, ao Governo criar as condições necessárias à implementação plena das soluções adotadas pelo legislador parlamentar.

Neste sentido, importa através do presente decreto regulamentar definir o procedimento de autorização prévia a que se encontra sujeita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, assim como o próprio contrato de gestação de substituição, cuja supervisão compete ao CNPMA [...].»

Nesse diploma, o Governo começa por estabelecer como um dos requisitos da autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição, a «aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição» (artigo 2.º, n.º 2, alínea b)). E no seu artigo 3.º, n.º 1, determina que o «CNPMA aprova o contrato-tipo de gestação de substituição, que contém os elementos essenciais do contrato, disponibilizando-o no respetivo sítio da internet», prevendo, depois, no n.º 3 do mesmo preceito, que do

«contrato-tipo devem constar, entre outras, cláusulas tendo por objeto» o tratamento de questões atinentes a várias matérias elencadas nas alíneas subsequentes.

52. Não está em causa no presente processo a apreciação, a título específico ou principal, do conteúdo das normas aprovadas pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017 e, muito menos o clausulado do contrato-tipo já aprovado pelo CNPMA (cfr. *supra* os n.ºs 4 e 5). A questão de inconstitucionalidade a analisar é antes a da legitimidade de, em termos materiais ou substanciais, remeter para atos infralegislativos a definição das condições essenciais de acesso dos cidadãos à gestação de substituição.

Com efeito, a mencionada ausência de uma disciplina legal positiva do conteúdo do contrato de gestação de substituição reflete a opção do legislador de se limitar a definir a existência de um *quadro muito amplo e aberto* quanto: (i) às *matérias a tratar obrigatoriamente* no âmbito de tal contrato (n.º 10 do artigo 8.º); e (ii) às *restrições a excluir obrigatoriamente* do mesmo (n.º 11 do artigo 8.º). Acresce que a lei atribui ao CNPMA o poder de supervisionar o conteúdo do contrato, estabelecendo, ainda, que o mesmo contrato depende de autorização prévia do referido Conselho.

Deste modo, o recurso ao direito geral dos contratos é insuficiente para completar o regime legal do contrato de gestação de substituição. Desde logo, porque não se trata de um contrato que dependa apenas da vontade dos contraentes, uma vez que se encontra sujeito a autorização administrativa (cfr. os n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º da LPMA). Depois, porque o mesmo contrato não só respeita a um modo de procriação anteriormente não admitido, como não se encontra tipificado na lei. E o exercício da autonomia das partes, por si só, também não chega para a conclusão do contrato, já que uma das questões deixadas em aberto pela LPMA reside justamente na definição das balizas em que tal autonomia pode ser exercida.

Por outras palavras, os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA não oferecem uma *medida jurídica com densidade suficiente* para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia. O que resulta claramente de tais preceitos é a sujeição do contrato de gestação de substituição a autorização administrativa prévia — por isso que a respetiva celebração só é admitida a título excecional, conforme estatuído no n.º 2 do artigo 8.º — e a atribuição de *poderes administrativos formais* àquele Conselho: a supervisão do conteúdo do contrato e a competência para autorizar previamente o mesmo. A definição de limites positivos e negativos da autonomia das partes, ou seja, a *determinação normativa* das condições indispensáveis à autorização prévia dos contratos de gestação de substituição — um requisito indispensável da sua validade — que os interessados pretendam celebrar resultará, assim, do exercício de tais poderes (ainda que em conjugação com a disciplina resultante da intervenção regulamentar do Governo a que se refere o artigo 3.º da Lei n.º 25/2016).

53. A gestação de substituição também releva dos direitos fundamentais dos interessados (cfr. *supra* o n.º 51). No caso da gestante, isso é manifesto, desde logo, no tocante ao modo como se concretiza todo o processo, uma vez que o mesmo só é possível a partir da disposição desta de querer que os beneficiários tenham um filho nascido do seu ventre. Mas a própria possibilidade de ser gestante no quadro legal pré-definido também constitui um aspeto importante do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, a dinamizar mediante o exercício da autonomia privada. E este último aspeto encontra-se igualmente presente do lado dos beneficiários. Assim,

aspectos essenciais da delimitação positiva e negativa da autonomia privada dos interessados em matéria de gestação de substituição — o que *deve* ser estipulado e o que *não pode* ser estipulado no contrato que tem por objeto a mesma —, em especial na medida em que respeitem às condições indispensáveis à autorização prévia do correspondente contrato, *devem* obrigatoriamente constar de lei da Assembleia da República (cfr. o artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

Ora, como referido nos números anteriores, os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA, prevendo embora limites positivos e negativos à autonomia das partes no contrato de gestação de substituição, em vez de procederem à sua concretização, apenas os descrevem de forma muito geral e abstrata. Tal concretização, indispensável ao conhecimento e compreensão das condições em que a autorização prévia do CNPMA será dada, só ocorrerá em resultado do exercício de poderes atribuídos a esse mesmo Conselho, ainda que, eventualmente, conjugado com a disciplina regulamentar estabelecida pelo Governo ao abrigo do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 25/2016. E a concretização de tais limites, uma vez que os mesmo se encontram funcionalizados às condições de autorização prévia do contrato, implica uma *compressão* daquela autonomia.

No que se refere à gestante, os limites em causa tenderão a disciplinar o modo concreto como aquela pode exercer o seu direito ao desenvolvimento da personalidade no âmbito da gestação de substituição em que decidiu participar, com potencial para interferir no âmbito de proteção de outros direitos fundamentais. Em especial, e considerando a previsão do referido artigo 8.º, n.º 11, está em causa a *fixação de limites às restrições admissíveis* dos comportamentos da gestante — o que corresponde, claramente, a matéria de restrições de direitos fundamentais. A indicação, a título de exemplo, de algumas matérias — que obrigatoriamente devem ser objeto de cláusulas do contrato-tipo — elencadas nas alíneas do artigo 3.º, n.º 3, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017 é elucidativa:

- Escolha do obstetra que segue a gravidez, tipo de parto e local onde o mesmo terá lugar (alínea b));
- Cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e realização de exames e atos terapêuticos, bem como a possibilidade de recusa de se submeter a certos exames de diagnóstico (alíneas a) e d));
- A possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação (alínea d));
- Disposições a observar sobre intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante, e em caso de IVG (alíneas g) e h));
- Número de tentativas de gravidez (alínea i));
- Seguros de saúde associados ao objeto do contrato (alínea l));
- Forma de resolução de litígios (alínea m)).

A verdade é que a LPMA é silente sobre os mencionados limites ou sobre matérias como as indicadas, que revestem uma indiscutível importância para os interesses fundamentais em causa. Devido à sua indeterminação, aquela Lei não oferece uma medida jurídica apta a estabelecer regras de conduta para os beneficiários e para a gestante de substituição ou a fixar orientações com densidade suficiente para balizar a definição pelo CNPMA dos critérios de autorização prévia do contrato a celebrar entre os primeiros e a segunda. Tal indeterminação, além de tornar imprevisíveis, à

luz da lei, os critérios que este órgão deve fixar, também não permite um controlo jurisdicional da sua legalidade adequado à importância da matéria em causa.

Tratando-se de disciplina de sentido restritivo quanto ao exercício de direitos, liberdades e garantias, tanto por parte da gestante, como dos beneficiários — e, por conseguinte, matéria de reserva de lei parlamentar *ex vi* artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b), da Constituição —, aquela indeterminação não é compatível com a exigência de *precisão* ou *determinabilidade das leis*, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição. Valem aqui as considerações feitas no Acórdão n.º 285/92, reiteradas em jurisprudência posterior:

«[A] questão da relevância do princípio da precisão ou determinabilidade das leis anda associada de perto à do princípio da reserva de lei e reconduz-se a saber se, num dado caso, o âmbito de previsão normativa da lei preenche ou não requisitos tidos por indispensáveis para se poder afirmar que o seu conteúdo não consente a atribuição à Administração, enquanto executora da lei, de uma esfera de decisão onde se compreendem elementos essenciais da própria previsão legal, o que, a verificar-se, subverteria a ordem de repartição de competências entre o legislador e o aplicador da lei. [...]

Reconhece-se, sem dificuldade, que o princípio da determinabilidade ou precisão das leis não constitui um parâmetro constitucional «a se», isto é, desligado da natureza das matérias em causa ou da conjugação com outros princípios constitucionais que relevem para o caso. Se é, pois, verdade que inexiste no nosso ordenamento constitucional uma proibição geral de emissão de leis que contenham conceitos indeterminados, não é menos verdade que há domínios onde a Constituição impõe expressamente que as leis não podem ser indeterminadas, como é o caso das exigências de tipicidade em matéria penal constantes do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, e em matéria fiscal (cfr. artigo 106.º da Constituição) ou ainda enquanto afloramento do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) ou da tipicidade dos impostos (*null taxation without law*).

Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18.º da Constituição, em especial do seu n.º 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), forçoso se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio de proporcionalidade a que deverão estar obrigadas as aludidas restrições, uma vez que está em causa a garantia constante do artigo 53.º da Constituição, o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de atuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (*Tatbestand*); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objetivo efetivo da adequação das concretas atuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem.»

Ou seja, conforme sintetizado no Acórdão n.º 474/2013:

«Incumbe ao Estado inscrever na lei critérios claros, precisos e seguros de decisão, em termos de conferir à atuação da Administração espaço concretizado de

vinculação — e não de volição primária — através da identificação de um núcleo relevante para legitimar a intervenção restritiva do direito, liberdade e garantia afetado. Como, igualmente, permitir o controlo judicial da (eventual) ausência de critérios de gestão e a proporcionalidade das suas consequências face à lesão profunda [daquele] direito [...].»

Ora, é dessa precisão ou determinabilidade que carecem os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA, que se reportam aos limites a estabelecer à autonomia das partes do contrato de gestação de substituição, assim como aos limites às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante a estipular no mesmo contrato. Tais preceitos são, deste modo, inconstitucionais, por violação do princípio da determinabilidade da lei, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), ambos da Constituição, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família da gestante e dos beneficiários consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, do mesmo normativo.

A declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas naqueles preceitos que atribuem ao CNPMA os poderes administrativos formais necessários à legitimação do contrato de gestação de substituição, designadamente por via da respetiva autorização, legalmente exigida, prejudica necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa *até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado*. Por isso, tal juízo de inconstitucionalidade estende-se consequencialmente às normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia. Com efeito, sendo a celebração daqueles negócios jurídicos possível tão-somente a título excecional e desde que previamente autorizados (cfr. os citados n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA), a falta de uma entidade com competência para os autorizar e, bem assim, a ausência de definição legal de critérios de autorização determina a sua inadmissibilidade.

Justifica-se, por conseguinte, até por razões de *clareza* e de *segurança jurídica*, explicitar desde já os corolários daquela declaração de inconstitucionalidade. Na verdade, representaria, mais do que um paradoxo, uma inaceitável *contradição valorativa* admitir a continuação da possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa, ao abrigo de um qualquer outro regime ainda menos determinado ao nível de uma lei da Assembleia da República do que aquele que agora é censurado.

C. O direito ao conhecimento das origens genéticas e da identidade da gestante

C.1. Sentido e alcance do pedido

54. Um segundo conjunto de questões suscitadas pelos requerentes no seu pedido respeita ao direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante. Nesse sentido, requerem a fiscalização da constitucionalidade das normas dos *n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da LPMA*, em conjugação com os seus artigos 10.º, n.ºs 1 e 2 (*Doação de espermatozoides, ovócitos e embriões*) e 19.º, n.º 1 (*Inseminação com sémen de dador*), porquanto

as mesmas não permitem à pessoa fruto de *técnicas de PMA heteróloga* ou nascida através do recurso à *gestação de substituição* — que pressupõe a utilização daquelas técnicas (cfr. *supra* o n.º 8) — o conhecimento da sua ascendência genética e, ou, da identidade da mulher que a deu à luz.

Os n.ºs 1 e 5 do citado artigo 15.º da LPMA foram modificados pela Lei n.º 25/2016, tendo em vista a inclusão das situações de gestação de substituição anteriormente não admitidas. Na sua redação atual, o preceito em análise dispõe o seguinte:

«Artigo 15.

Confidencialidade

1. Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.
2. As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.
3. Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.
4. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.
5. O assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.»

55. Como referido, os requerentes alegam a inconstitucionalidade somente dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º; não requerem, nomeadamente, a fiscalização da constitucionalidade dos n.ºs 2 (que expressamente *exclui a identificação do dador*) e 3 (que, também expressamente, *mantém a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir*). Cabe, assim, tentar perceber que regime jurídico resultaria de uma eventual declaração de inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da LPMA, nos termos do pedido.

Desapareceria, em primeiro lugar, a obrigação de sigilo, atualmente imposta por lei a *todos os que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos*, relativamente à identidade dos mesmos e ao próprio ato de PMA. Desenhar-se-ia, então, se não um *direito a contar a verdade*, pelo menos, a faculdade de qualquer pessoa informar outra sobre a sua origem e sobre a identidade dos dadores, independentemente da forma através da qual tenha tomado conhecimentos de tais factos. Poder-se-ia então questionar se, quando não solicitada pelo interessado, esta atitude não seria violadora da reserva de intimidade da vida privada não apenas dos vários envolvidos no processo de PMA, mas também, e especialmente, da pessoa fruto de PMA heteróloga ou de gestação de substituição, cujo di-

reito ao desenvolvimento da personalidade não poderá deixar de envolver um *direito a não saber*, se o não desejar, os factos que estiveram na origem do seu nascimento.

Não parece ser esta, contudo, a intenção dos requerentes, de cuja argumentação se afigura lícito deduzir que entendem que a inconstitucionalidade alegadamente existente resulta da combinação de dois aspetos constantes dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º: a imposição de sigilo sobre todos os envolvidos, o que os impede de confirmar a existência do próprio ato de PMA (e, naturalmente, também de revelar a identidade dos dadores), *mesmo que questionados pelo interessado*; e a exigência de *razões ponderosas* reconhecidas por sentença judicial para que as informações relevantes lhe sejam prestadas.

O artigo 15.º, n.º 1, faz, pois, depender o conhecimento da origem das pessoas nascidas de PMA heteróloga ou de gestação de substituição da vontade dos pais. Esta solução é naturalmente problemática, dado estes serem, precisamente, titulares de direitos fundamentais em potencial conflito com o direito à identidade pessoal e ao conhecimento da origem genética. O artigo 15.º, n.º 4, impõe uma justificação do desejo de conhecimento, deixando a avaliação da sua relevância à discricionariedade judicial. Parece também impedir, no entender dos requerentes, o acesso à identidade da gestante de substituição, impondo, assim, ao contrário do que sucede para os dadores, uma regra de anonimato absoluto.

Assim, de uma eventual declaração de inconstitucionalidade deverá resultar a eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição — e, desse modo, afastando também a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recurso à gestação de substituição —, e a consequente eliminação da necessidade de apresentação de «razões ponderosas» para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 4 daquele preceito.

Verificando-se aquela eventualidade, será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistémicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.

C.2. O regime de acesso ao conhecimento das origens em vigor

56. Além do que até agora se afirmou, é imperativo compreender adequadamente o regime jurídico definido nas normas do artigo 15.º da LPMA. Na realidade, a obrigação de sigilo absoluto prevista no seu n.º 1 é derogada nos números seguintes relativamente a certas entidades e quanto a determinadas informações, reconhecendo-se ao interessado o acesso às mesmas.

Assim, segundo o n.º 2, a pessoa nascida na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga — é esse necessariamente o caso de quem tenha nascido na sequência da celebração de um contrato de gestação de substituição (cfr. *supra* o n.º 8) — pode aceder a *informações de natureza genética* — o que à partida exclui informações relacionadas com a gestante de substituição — que lhe digam respeito, junto dos serviços de saúde. De igual modo, permite-se, de acordo com o n.º 3, a esses indivíduos assegurar a inexistência de impedimento legal a casamento projetado, através de consulta ao CNPMA. Em ambos os casos, a lei exclui apenas o conhecimento da identidade do dador, exceto, nos termos do n.º 3, «se este expressamente o

permitir», ou se, apesar da inexistência de tal consentimento, o interessado demonstrar, de acordo com o n.º 4, «razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial» para a sua pretensão.

Deste modo, as pessoas cujo nascimento tenha sido fruto de procriação heteróloga têm, no atual quadro legislativo, o direito a conhecer toda a sua história clínica e informação genética relevante. As mesmas não ficam, por exemplo, impossibilitadas de recorrer à medicina preventiva, nem dependentes de uma sentença judicial para o efeito. Como se viu, as informações sobre a história genética e sobre a existência de consanguinidade com o futuro cônjuge obtêm-se com uma consulta aos serviços competentes, não estando dependentes de qualquer processo judicial.

Por outro lado, é importante recordar que a lei proíbe, em qualquer caso, que a criança seja gerada com recurso aos gâmetas da mulher que procede à gestação (cfr. o n.º 3 do artigo 8.º da LPMA). Isto significa que a gestante nunca poderá ser a dadora do material genético da criança e, nessa medida, a questão do conhecimento da identidade da gestante não é suscetível de ser enquadrada no âmbito do direito ao conhecimento das origens genéticas (podendo, ao invés, ser eventualmente enquadrada no âmbito de outros direitos, nomeadamente do direito à identidade pessoal — ver *infra*).

57. É neste quadro legal e interpretativo que deve agora analisar-se a questão de inconstitucionalidade colocada pelos requerentes: a da incompatibilidade da atual solução legislativa com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais à identidade e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa nascida através do recurso a técnicas de PMA heteróloga, incluindo nas situações de gestação de substituição.

Saliente-se, desde já, que, diferentemente do que sucede noutros contextos em que estes direitos são invocados, como acontece a propósito de situações em que a filiação não se encontra estabelecida (é o caso, por exemplo, das ações de investigação da paternidade), o que está em causa é o *acesso a dados informativos* referentes à identidade do próprio interessado *de que o Estado já dispõe*, sendo este, por isso, o destinatário imediato daquela pretensão, e não apenas o garante de uma pretensão cuja satisfação cabe primariamente a um outro particular.

C.3. A apreciação dos interesses fundamentais em conflito

58. Apesar de imediatamente dirigida contra o Estado, a pretensão de quem nasceu na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga conhecer as suas origens genéticas (e, mais amplamente, as circunstâncias em que se deu a sua conceção, gestação e nascimento) pode conflitar com o interesse na manutenção da paz e tranquilidade da família em que o mesmo atualmente se integra, assim como com a pretensão de manter o anonimato por parte de quem tenha doado material genético ou de quem tenha sido gestante de substituição.

As soluções encontradas são muito diversas, existindo, entre muitos, regimes jurídicos que asseguram o total anonimato dos dadores e outros que preveem o registo da sua identidade, com a possibilidade de esta ser revelada aos indivíduos nascidos com recurso aos gâmetas ou embriões doados, a seu pedido, após a maioridade. Existem, por outro lado, argumentos válidos na base dos diferentes interesses em presença.

De um lado, invoca-se o interesse dos pais em nada contar. Durante muito tempo, prevaleceu a ideia da necessidade de proteger a intimidade da vida privada e familiar. Além disso, argumenta-se, o anonimato encoraja a doação de gâmetas e é uma garantia para os pais da impossibilidade de o dador reclamar quaisquer direitos sobre o filho biológico. Ademais, a revelação da identidade dos dadores de gâmetas poderia conduzir ao surgimento de relações de paternidade e maternidade despidas de um projeto real de assunção dessas mesmas relações, o que seria uma situação a evitar. Por fim, sustenta-se ainda que a regra do anonimato dos dadores é um elemento essencial para assegurar a existência de dadores e, conseqüentemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga.

Do outro lado, defende-se o direito da pessoa a conhecer a sua história e a sua identidade, sendo a origem biológica e genética uma parte importante dessa mesma identidade. Com a mudança das concepções sociais e uma maior aceitação do recurso aos tratamentos de infertilidade, o interesse dos pais em guardar segredo sobre o recurso à PMA começa, agora, a dar lugar a uma maior atenção aos direitos da pessoa nascida na sequência da utilização de técnicas de PMA. Disso mesmo é exemplo a evolução de várias ordens jurídicas, no sentido de uma progressiva abertura à tutela do direito ao conhecimento das próprias origens, e até ao abandono, por completo, da regra do anonimato dos dadores.

Seguindo a metódica mais adequada à natureza dos problemas em causa e dos parâmetros de controlo mobilizados pelos requerentes (cfr. *supra* o n.º 6), é conveniente alargar a perspectiva, tomando em consideração o direito internacional e o direito comparado e, tendo em conta tais dados, analisar o modo como tem sido equacionado o problema suscitado pelo artigo 15.º da LPMA.

C.3.1. O anonimato dos dadores e o direito ao conhecimento das origens genéticas no direito internacional

59. Cumpre começar por salientar a relevância das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança — o primeiro tratado a conter uma previsão explícita do direito não apenas do adulto, mas de todas as pessoas, mesmo menores, a *conhecer as suas origens*. São de particular importância, neste plano, o artigo 7.º, n.º 1, que estatui um direito subjetivo a conhecer a ascendência biológica: «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» (itálico aditado), acrescentado o n.º 2 que «os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos»; e, ainda, o artigo 8.º, que consagra, no n.º 1, uma obrigação estadual de «respeitar o direito da criança e a *preservar a sua identidade*, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal» (itálico aditado). O n.º 2 deste artigo acrescenta, por seu turno, que «no caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível».

O artigo 8.º em apreço é bastante inovador e significativo no presente caso. Resulta de uma proposta da Argentina, que pretendia consagrar uma disposição normativa que permitisse sustentar os pedidos de investigação da verdadeira identidade de crianças filhas de desaparecidos durante as décadas de 1970 e 1980. A

referência feita pela norma às «relações familiares» é, também ela, usualmente interpretada em sentido lato, incluindo as origens biológicas ou genéticas. Contudo, é necessário ter em conta que a disposição em análise não define, em termos rigorosos, o conceito de *identidade*, limitando-se a dar exemplos, não taxativos, de elementos dela constitutivos, que decorreriam, de qualquer forma, do artigo 7.º do tratado. A densificação plena do termo terá de remeter-se, assim, para os planos dogmático e jurisprudencial.

60. Relativamente à *questão do anonimato dos dadores*, também assume especial importância o disposto no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, uma vez que o TEDH tem considerado o direito ao conhecimento das origens genéticas como elemento integrante, e essencial, do direito ao respeito pela vida privada e familiar. Contudo, o Tribunal não considera aquele direito como absoluto, admitindo que o mesmo possa ter de ser compatibilizado com outros interesses fundamentais.

É, assim, de assinalar, desde logo, o Acórdão de 7 de julho de 1989, *Gaskin c. United Kingdom* (Queixa n.º 10454/83). O TEDH decidiu que o recorrente, a quem as autoridades britânicas haviam negado o acesso total aos registos relativos ao período em que aquele estivera sob tutela estadual, enquanto menor, tinha, efetivamente, o direito de acesso a esses mesmos registos. O Tribunal recordou que, ainda que o objeto principal do artigo 8.º seja a proteção do indivíduo contra uma interferência arbitrária das autoridades públicas, pode, além disso, implicar *obrigações positivas* inerentes a um respeito efetivo pela vida familiar. Nestes termos, afirmou que tal direito implica que cada pessoa seja capaz de estabelecer os detalhes da sua identidade como ser humano e que, em princípio, não seja impedida pelas autoridades de obter informações básicas sem uma justificação válida, concluindo que os cidadãos têm um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber toda a informação necessária para conhecer e *compreender* a sua infância e desenvolvimento.

Também relevante é o Acórdão de 7 de fevereiro de 2002, *Mikulic c. Croatia* (Queixa n.º 53176/99), em que a requerente alegou a violação do artigo 8.º da CEDH devido à demora no processo de averiguação da sua paternidade, atenta a inexistência, no sistema jurídico croata, de mecanismo para obrigar à realização compulsiva de testes de ADN por parte do alegado pai. O TEDH reconheceu que a interessada fora mantida num estado de prolongada incerteza acerca da sua própria identidade, em virtude da ineficiência dos tribunais nacionais, sendo esta situação, naturalmente, uma violação do direito a receber informação necessária acerca dos aspetos fundamentais da identidade pessoal. O facto de se admitir a possibilidade de impedir a realização de quaisquer testes médicos, incluindo testes de ADN, para proteger interesses relevantes de terceiros pessoas, não impediu, todavia, o Tribunal de considerar que a falta de solução jurídica adequada e definitiva para o caso comportava uma violação do artigo 8.º da CEDH, na dimensão do direito à identidade pessoal.

No Acórdão de 13 de fevereiro de 2003, *Odièvre c. France* (Queixa n.º 42326/98), estava em causa a compatibilidade com a CEDH do regime jurídico francês, que protege a possibilidade de maternidade sob anonimato. Alegou o TEDH, numa argumentação que pode relevar para a ponderação entre os direitos constitucionais ora em causa, que a legislação francesa procurava estabelecer um equilíbrio e conferir proteção suficiente a interesses em conflito. De um lado, o direito a obter informações sobre as origens, a fim de poder construir a própria história pessoal, conhecendo as escolhas dos pais biológicos e adotantes e os laços familiares e genéticos

existentes. Do outro, os interesses públicos na proteção da mãe e da criança durante a gravidez e parto, e no combate ao aborto, em especial ao aborto clandestino, e ao abandono de menores, elencados pelo Estado francês como razões fundantes do regime jurídico em causa. O TEDH concluiu, assim, numa decisão que mereceu inúmeros reparos e várias declarações de voto discordantes no próprio Acórdão, que, embora invulgar em termos comparados, a legislação francesa não excedera a margem de apreciação que deve ser reconhecida em matérias de grande complexidade e sensibilidade, como é o caso do direito ao conhecimento das próprias origens.

No Acórdão de 13 de julho de 2006, *Jaggi c. Switzerland* (Queixa n.º 58757/00), o TEDH esclarece que a ampla margem de apreciação dos Estados não depende unicamente dos direitos fundamentais em confronto numa situação concreta, mas também, para cada um destes direitos, da natureza específica das pretensões em causa. No caso do direito à identidade, o TEDH reitera que este faz parte integrante do conceito de *vida privada* e inclui necessariamente o direito a conhecer a própria ascendência. *In casu*, o Tribunal admitiu que a necessidade de proteger terceiros pode implicar a exclusão da possibilidade de realizar determinados procedimentos, como é o caso dos testes de ADN em vista do estabelecimento da paternidade, mas deve haver um justo equilíbrio, resultante da ponderação entre os interesses concorrentes.

Esta linha de orientação tem prevalecido também no que toca à existência de prazos-limite para a instauração de ações de reconhecimento da paternidade. A existência de um termo final, só por si, não é considerada violadora da Convenção, importando verificar se a natureza, duração e características do prazo resultam num justo equilíbrio entre o interesse do investigador em ver esclarecido um aspeto importante da sua identidade pessoal, o interesse do investigado e da sua família mais próxima em serem protegidos de demandas respeitantes a factos da sua vida íntima ocorridos há já muito tempo, e o interesse público da estabilidade das relações jurídicas. Neste discurso é realçado que o direito ao respeito da vida privada e familiar não assiste apenas à pessoa que pretende saber quem são os seus pais e estabelecer o respetivo vínculo jurídico, mas também protege os investigados e suas famílias, cuja tutela não pode deixar de ser considerada, importando harmonizar os interesses opostos. Neste sentido pronunciaram-se os Acórdãos de 6 de julho de 2010, casos *Backlund c. Finlândia* (Queixa n.º 36498/05) e *Gronmark c. Finlândia* (Queixa n.º 17038/04), e de 20 de dezembro de 2007, caso *Phinikaridou c. Chipre* (Queixa n.º 23890/02), nos quais estava em causa a existência de prazos limite para a instauração de ações de reconhecimento da paternidade.

C.3.2. O anonimato dos dadores e o direito ao conhecimento das origens genéticas no direito comparado

61. A questão do anonimato dos dadores e do direito das crianças que nasceram com recurso a técnicas de PMA, designadamente, com recurso a doação de gâmetas ou a gestação de substituição, a conhecerem a identidade dos seus progenitores genéticos ou da gestante é um tema controverso e fortemente debatido no plano comparado, tendo as soluções jurídicas concretas sofrido notória evolução na última década.

Assim, as disposições legais sobre esta questão em cada ordenamento nacional são significativamente distintas, por vezes opostas, mesmo no quadro de um conjunto de países com fortes semelhanças e um conjunto de valores jurídico-consti-

tucionais partilhados, como é o caso dos Estados-Membros da União Europeia. Se vários países consagram ainda a regra do anonimato dos dadores, é, todavia, inegável uma tendência no sentido de garantir o direito a conhecer as próprias origens, criando exceções importantes ou abolindo totalmente o estatuto de anonimato dos dadores.

Nesse sentido, já apontava, de resto, a Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de março de 1989, mencionada pelos requerentes (cfr. o respetivo n.º 10, 3.º e 4.º travessões: apesar de se considerar indesejável aquele tipo de fecundação, entende-se que, no caso de a mesma ser aceite por um Estado-Membro, será necessário respeitar, entre outros, os seguintes requisitos: (i) «consentimento dos casais devidamente informados e comprovação da sua idoneidade, sendo aplicado, por analogia, o previsto nas respetivas leis referentes à adoção, incluindo o que diz respeito ao anonimato do dador»; e (ii) «proibição de desconhecimento de paternidade em caso de inseminação artificial da parte de um dador» — cfr. *JOCE* N.º C 96/171, de 17 de abril de 1989).

62. Na *Alemanha*, o direito ao conhecimento da própria origem é reconhecido, desde 1989, na sequência de jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que afirmou tratar-se de um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade protegidos pela *Grundgesetz*. Na sua decisão de 18 de janeiro de 1989, aquele Tribunal afirmou:

«Enquanto característica individualizadora, a ascendência [*Abstammung*] pertence à personalidade, e o conhecimento das origens permite a cada um obter, independentemente da extensão dos resultados científicos, importantes elementos de conexão para a compreensão e o desenvolvimento da sua própria individualidade. Daí que o direito [geral] de personalidade [do artigo 2.º, alínea 1, em conjugação com o artigo 1.º, alínea 1, da *Grundgesetz*] inclua também o direito ao conhecimento da ascendência. [...] Todavia, o artigo 2.º, alínea 1, em conjugação com o artigo 1.º, alínea 1, da *Grundgesetz*, não confere qualquer direito à aquisição de conhecimentos [*Recht auf Verschaffung von Kenntnissen*] sobre a própria ascendência, limitando-se o seu alcance à defesa contra a recusa do acesso a informações já existentes» (BVerfGE 79, 256 (269); v., no mesmo sentido, BVerfGE 90, 263 (270 f), 96, 56 (63) e, por último, 141, 186 (204)).

A defesa do conhecimento da própria ascendência resulta, em primeira linha, do dever constitucional de proteção dos indivíduos contra a recusa, no âmbito das relações jurídicas entre interessados, de informações disponíveis sobre a mesma, já que, por norma, não é o Estado vinculado imediatamente aos direitos fundamentais que impede o interessado de aceder a informações existentes sobre a sua ascendência, mas antes outros particulares que se recusam a colaborar no esclarecimento da situação. O Estado é chamado em defesa do interessado, já que somente com o seu auxílio é que este poderá obter as informações desejadas. Para o efeito, poderá ter de ser estabelecido um procedimento no âmbito do qual o esclarecimento da questão possa ser realizado (assim, v. BVerfGE 117, 202 (227) e 141, 186 (204)).

No plano legislativo, assinala-se a Lei sobre o Direito ao Conhecimento da Ascendência em Caso de Utilização de Sémén de Dador (*Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*), de 17 de julho de 2017, que, no seu artigo 1.º, aprova a Lei do Registo de Dadores de Sémén e do Acesso a Informações sobre o Dador de Sémén Utilizado (*Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunfterteilung über*

den Spender nach heterologer Verwendung von Samen — Samenspenderegistergesetz — SaRegG). Segundo § 1, alínea 2, primeira frase, da *SaRegG*, o registo de dadores visa assegurar às pessoas geradas na sequência de uma técnica de PMA com recurso a sémen de um terceiro dador o direito ao conhecimento da sua ascendência. O § 10 do mesmo diploma disciplina os pressupostos e o procedimento de acesso aos dados constantes do registo de dadores por parte de quem suponha ter sido gerado nas referidas condições.

63. Em *Espanha*, vigora a regra do anonimato. A *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, prevê a confidencialidade dos dados relativos aos dadores (cfr. o artigo 5.º, n.º 5). Os filhos nascidos de procriação heteróloga têm direito a receber informações gerais sobre os dadores, que não incluam a sua identidade. Só em casos extraordinários, que comportem perigo para a vida ou para a saúde do filho, poderá ser revelada a identidade dos dadores.

No plano jurisprudencial, o *Tribunal Constitucional* de Espanha, ao apreciar a questão da conformidade constitucional da regra do anonimato dos dadores constante da lei anterior (a *Ley 35/1988, de 22 de noviembre*) com o ordenamento constitucional espanhol, entendeu que não existe um direito irrestrito dos cidadãos à averiguação e conhecimento, em qualquer caso e sem que se levem em conta causas justificativas que o desaconselhem, da identidade dos seus progenitores biológicos. Afirmou então o *Tribunal Constitucional (Pleno)* na sua *Sentencia 116/1999, de 17 de junho de 1999*:

«Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, «en circunstancias extraordinárias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida (orientadas — debe nuevamente recordarse — a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones — desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación — puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo.»

64. A *França* mantém um modelo de salvaguarda do anonimato total dos dadores e das gestantes. Efetivamente, do ponto de vista histórico, neste país, o direito da pessoa a conhecer as suas origens, nomeadamente as suas origens genéticas, nunca mereceu prevalência no regime jurídico sobre este tipo de matérias. O direito francês separa, aliás, a maternidade da progenitura materna, sendo até possível a uma mulher dar à luz em segredo, não revelando a sua identidade (possibilidade conhecida como *accoucher sous X*).

Na sequência de fortes críticas, entre outros, por parte do Comité dos Direitos da Criança das ONU, a legislação francesa foi modificada, com a entrada em vigor da Lei n.º 2002-93, de 22 de janeiro, permitindo, em certas circunstâncias, o levantamento do anonimato dos pais biológicos, mas apenas no caso de pessoas que tenham sido adotadas ou se encontrem sob tutela estadual. Permite-se também a consulta de alguns dados não-identificativos, através de organismos estaduais. Em 2003, a questão do anonimato previsto pelo ordenamento francês, no caso de adoção, foi levada ao TEDH, no caso *Odièvre v. France*, tendo a solução legal francesa sido considerada compatível com o disposto no artigo 8.º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar).

No caso específico dos dadores de ovócitos ou esperma, a solução do anonimato foi também adotada de forma expressa. O artigo L1244-7 do *Code de la Santé Publique* prevê, precisamente, a obrigação de informar as dadoras acerca do «princípio do anonimato e do princípio da gratuidade».

65. No *Reino Unido*, o modelo é distinto e evoluiu consideravelmente ao longo das duas últimas décadas. O direito da pessoa a conhecer as suas origens está consagrado e é protegido pelo ordenamento jurídico britânico, em termos gerais, há vários anos. Exige-se, contudo, que as autoridades públicas informem todos os envolvidos da intenção de divulgação da informação e ponderem os direitos do requerente, que pretende acesso aos dados sobre as suas origens, com os dos restantes interessados, cujos direitos fundamentais devam ser tomados em consideração.

No caso específico do direito ao conhecimento da identidade dos dadores, as modificações do ordenamento jurídico do Reino Unido, ao longo das últimas décadas, foram mais significativas. No ato de ratificação da Convenção dos Direitos da Criança, foi feita uma reserva no sentido de ressaltar que apenas se entenderia como “pais” as pessoas definidas como tal pela legislação nacional, não se incluindo nessa categoria os pais biológicos, em caso de adoção, ou os dadores. Todavia, a opção pelo anonimato, objeto de grande debate, com particular relevo após a adoção do *Human Rights Act*, de 1998, foi sofrendo diversas modificações, no sentido de uma maior abertura, tendo acabado por ser completamente abandonada em 2005. A atual versão do *Human Fertilisation and Embryology Act*, de 2008, prevê a obrigatoriedade do registo de informações sobre a identidade dos dadores, e o direito da pessoa nascida com recurso a gâmetas doados solicitar essa informação às autoridades, após os 16 anos.

66. A *Suíça*, a *Holanda* e a maioria dos países nórdicos (designadamente, a *Suécia*, a *Noruega*, a *Islândia* e a *Finlândia*) têm hoje disposições legais que tutelam fortemente o direito ao conhecimento das origens genéticas, tendo abolido a regra do anonimato dos dadores por completo. Estes países são exemplo de uma tendência, à escala mundial, para abandonar tal regra e permitir à pessoa nascida de PMA, quando

tenha atingido um grau suficiente de maturidade, conhecer a identidade dos dadores dos gâmetas que lhe deram origem.

A *Suécia* foi o primeiro país a legislar no sentido de permitir o conhecimento da identidade dos dadores, em 1984. Este *princípio de abertura* foi, naturalmente, estendido às dadoras de ovócitos, a partir do momento em que esta prática se legalizou, em 2003.

Na *Suíça*, o artigo 119.º, alínea 2, da *Constitution fédérale de la Confédération suisse* contém disposições concretas sobre procriação medicamente assistida, uma das quais consagra o direito de todas as pessoas a terem acesso aos dados relativos à sua ascendência (letra g): «toda a pessoa tem acesso aos dados relativos à sua ascendência»). Tendo em conta a desigualdade que o regime estabelecia em relação às crianças adotadas, e levando em consideração as obrigações estaduais decorrentes dos artigos 7.º e 8.º da Convenção dos Direitos da Criança, a jurisprudência federal (cfr. *ATF 128 I 63*) e o legislador reconheceram, no início da década de 2000, o direito a conhecer as próprias origens como um direito absoluto da pessoa, devendo o seu âmbito ser o mais amplo possível.

A regra do anonimato foi igualmente levantada na *Noruega*, a partir de 2003, de maneira progressiva. A tutela plena do direito a conhecer as origens genéticas vigora desde 2005.

A *Islândia* tem, desde 1996 (cfr. Lei n.º 55-1996), um sistema *duplo*, que permite tanto as doações anónimas de gâmetas, como as doações de pessoas que tenham autorizado, de maneira antecipada, a revelação dos seus dados pessoais. A *Finlândia* teve um sistema semelhante durante alguns anos, mas optou pela abolição da regra do anonimato desde 2006, podendo os interessados conhecer a identidade dos dadores de esperma ou ovócitos, após a maioridade.

Na *Holanda*, e após um longo debate de mais de uma década, não se permitem doações anónimas. Em 2002 foi adotada uma lei relativa ao direito à informação sobre os dadores de gâmetas, que revogou a solução anterior, de natureza mista.

C.3.3. O debate em torno do artigo 15.º da LPMA

C.3.3.1. A doutrina nacional

67. A doutrina nacional vem, desde há anos, debatendo a problemática do anonimato dos dadores e do direito ao conhecimento das origens genéticas.

OLIVEIRA ASCENSÃO sustentava, já em 1991, que, pese embora a tendência a nível do direito comparado na época dominante ir no sentido da regra do anonimato dos dadores, essa visão pragmática de utilidade social chocava com considerações éticas, argumentando o Autor que, havendo ou não um laço de filiação, cada um deveria poder conhecer donde provém, na medida em que esta «não é só uma ligação biológica: há um momento humano, no conhecimento do passado ou dos antecedentes de cada um» (v. Autor cit., “Direito e Bioética” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, julho de 1991, pp. 429 e ss). Com base neste entendimento, defendia que o direito à integridade moral e física (artigo 25.º da Constituição) e o direito à identidade pessoal (artigo 26.º da Constituição), eram suscetíveis de fundar o direito de qualquer pessoa a conhecer a sua proveniência biológica, independentemente de esse conhecimento estar, ou não, associado ao estabelecimento jurídico da filiação.

PAULO OTERO entende que «o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que (mediata ou imediatamente) lhe deram origem» (v. *Personalidade e Identidade Pessoal e Gené-*

tica do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética, Almedina, 1999, p. 71 ss.). Deste direito, retira o Autor importantes conclusões, com relevância direta para a questão ora em análise.

Em primeiro lugar, defende que tal direito implica o *direito de cada ser humano a conhecer a forma como foi gerado* e, mais amplamente, o *direito a conhecer o seu património genético*. Nestes termos, sustenta a inconstitucionalidade de qualquer «sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respetivo património genético». Do mesmo modo, rejeita a existência de quaisquer interesses ou direitos de pessoas intervenientes no processo — designadamente o direito à intimidade pessoal e familiar dos dadores — que «possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e património genético».

Em segundo lugar, o mesmo Autor defende que o direito à historicidade pessoal compreende ainda «o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores», facto que implica a inconstitucionalidade de «qualquer regra de anonimato do dador de material genético».

TIAGO DUARTE salientou a introdução, em 1997, por parte do legislador constituinte, de um n.º 3 no artigo 26.º, tornando clara a necessidade de não se obnubilar a identidade genética do ser humano na utilização de quaisquer tecnologias e de experiências científicas, técnicas de PMA incluídas (cfr. *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Coimbra, 2003). Segundo este Autor, «o que a Constituição deixou de permitir, se é que alguma vez o permitiu, é a obstrução a que cada pessoa procure e conheça aqueles que transmitiram os genes e que, deste modo, lhes formam a identidade. Quer a lei os considere pais ou meros dadores, por mais que a lei queira, e razoavelmente procure, apartar-lhes responsabilidades, essas pessoas fazem parte da história e da identidade genética daquele a quem, um dia, deram origem». Por conseguinte, o mesmo Autor defende a inconstitucionalidade de qualquer norma legal que estabeleça a possibilidade de anonimato dos dadores de esperma, de ovócitos ou de embriões em sede de inseminação artificial heteróloga, fecundação *in vitro*, transferência de embriões ou maternidade de substituição. No mesmo sentido fundamental, PAMPLONA CORTE-REAL afirma que a regra de subsidiariedade de aplicação das técnicas de PMA, circunscritas às situações de infertilidade, pode «justificar [...] uma interpretação ampla do direito à identidade pessoal de qualquer indivíduo artificialmente procriado, embora com a inerente negação de qualquer vínculo familiar decorrente da doação de gâmetas, apenas medicamente significante» (v. “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida” in *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 93 e ss., p. 100).

Já GUILHERME DE OLIVEIRA não adota uma posição definitiva, sustentando que qualquer das soluções (regra do anonimato ou regra do conhecimento da identidade dos dadores) «se apoia na defesa de valores ponderosos, respetivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade acerca da ascendência biológica. O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação; porém, a ocultação da verdade biológica parece contrariar [...] a relevância dos conhecimentos das ciências biológicas, [assim como] o culto da verdade nas sociedades em que o problema da inseminação heteróloga se põe» (v. “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 5 e ss., p. 18).

68. Numa análise diretamente dedicada à questão da constitucionalidade das normas ora em apreciação, RAFAEL VALE E REIS sustenta que o artigo 15.º da LPMA opera uma *restrição material* ao direito ao conhecimento das origens genéticas, *ofendendo o respetivo conteúdo essencial*, em benefício da tutela do sistema médico de combate à infertilidade humana, da reserva da intimidade da vida privada dos dadores e dos seus núcleos familiares estabelecidos (cfr. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008). Por isso, o Autor defende que a solução adotada pelo legislador deveria ter sido precisamente a inversa, em nome da tutela do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas: a de optar, como ponto de partida, pela *regra da admissibilidade do conhecimento da identidade do dador*, limitando-a apenas nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores (como a proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou a integridade psíquica do dador) devessem ser tidos como prevaletentes no caso concreto. Partindo desta base, o mesmo Autor considera expressamente que, nas hipóteses de gestação de substituição com recurso à dação de gâmetas por parte de terceiros, o filho deveria poder em regra conhecer a identidade do terceiro dador que lhe forneceu o material genético.

Igualmente nesta linha, PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA notam que a evolução recente da legislação europeia nesta matéria demonstra que este princípio tem vindo a ser reavaliado à luz da defesa dos interesses da criança nascida através de técnicas de PMA, entendendo, por isso, que, *de iure condendo*, o princípio do anonimato do dador deverá ser mitigado, ou mesmo abolido, com opções legislativas que permitam um nível de conhecimento das origens genéticas e mesmo da sua identificação (v. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011).

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram que o *direito à identidade pessoal* — que garante «aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irredutível» — abrange seguramente um *direito à historicidade pessoal*, entendido como «direito ao conhecimento da identidade dos progenitores»; todavia, manifestam dúvidas sobre se este direito «implica necessariamente um direito ao conhecimento da progenitura, [uma vez que tal entendimento levantaria] dificuldades no caso do regime tradicional da adoção e, também, mais recentemente, nos casos de inseminação artificial heteróloga e das “mães de aluguer”» (v. Autores *cits.*, *Constituição...*, *cit.*, anot. II ao artigo 26.º, p. 462). Por seu lado, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, reconhecendo embora que o artigo 15.º da LPMA estabelece um sistema de anonimato, entendem que a solução do n.º 4 desse preceito — que prevê a possibilidade de a regra do anonimato ser judicialmente quebrada quando se verificarem «razões ponderosas» — deverá merecer uma *interpretação conforme* ao direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, «não podendo legitimar leituras que sejam excessiva e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação da identidade do dador ou da dadora (sem que tal tenha, como é óbvio, quaisquer consequências ao nível de relações de filiação [...])» (v. Autores *cits.* in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, *cit.*, anot. VIII ao artigo 26.º, pp. 610-611).

C.3.3.2 A posição do CNECV

69. O CNECV pronunciou-se já por diversas vezes sobre o direito ao conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas. No Parecer n.º 23/CNECV/98, sobre um projeto de proposta de lei relativo à PMA, aquele Conselho afirma, para a hipó-

tese de «a dádiva de sémen [vir] a ser legalizada», o «reconhecimento inequívoco, e sem quaisquer restrições, do direito das pessoas geradas em consequência de dádiva de sémen terem acesso à identificação do dador» (ponto 3, alínea c), p. 16). Esta posição é justificada no relatório, elaborado pelo Conselheiro Joaquim Pinto Machado, anexo ao Parecer em causa, nos termos seguintes:

«É certo que se admite [no projeto então em análise] que as pessoas assim nascidas “poderão” obter o conhecimento da identidade do dador, mas só “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial” (n.º 3 do art.º 12.º). Mas esta disposição apenas abre uma possibilidade, que até parece excepcional, cuja satisfação depende de critérios indefinidos: o querer saber quem é o progenitor “genético” não será, por si só, razão ponderosa?

O conhecimento da identidade dos progenitores faz parte da historicidade pessoal e, portanto, da identidade própria e singular, pelo que a ninguém deve ser negado o acesso a esse conhecimento; à instância judicial cabe assegurá-lo, nunca avaliar da sua legitimidade.

Aliás, o primeiro dos direitos reconhecidos no n.º 1 do art.º 26.º da Constituição da República Portuguesa é precisamente o da “identidade pessoal”. Este direito de cada um conhecer quem são os seus progenitores é reconhecido na Alemanha, Áustria, Suécia e Suíça (pelo menos). E no preâmbulo da resolução sobre fertilização *in vitro* e *in vivo* do Parlamento Europeu, de 1989, inclui-se, entre os direitos do filho a salvaguardar, o “direito a uma identidade genética”.

Por outro lado, há que ter em conta a possibilidade de ocorrência, a médio ou longo prazo, de consequências gravosas para o casal e/ou para a pessoa nascida; só estudos sistemáticos e fiáveis permitirão tirar conclusões a tal respeito. Aliás, o anonimato do dador e a não revelação pelos casais, aos filhos assim gerados, do modo da sua conceção, é uma das questões mais debatidas internacionalmente a respeito da PMA heteróloga.

E não colhe o argumento de que o reconhecimento deste direito levará à inexistência de dadores de sémen. Não só porque, face ao que está em causa, isso ser razão subalterna, como porque a experiência sueca demonstra o contrário: passados alguns anos de declínio (a regulamentação é de 1985) os dadores têm aumentado e são de outra qualidade ética, isto é, são autenticamente “dadores”» (p. 4).

Esta posição foi substancialmente reiterada em posteriores intervenções do Conselho, designadamente no Parecer n.º 44/CNECV/2004:

«10. No caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste.

11. O conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele ou de deveres daquele para com o próprio.»

C.3.3.3. A jurisprudência do Tribunal Constitucional

70. O Tribunal Constitucional também já teve oportunidade de se pronunciar sobre a regra do anonimato dos dadores. Com efeito, no processo objeto do Acórdão n.º 101/2009, foi questionada a constitucionalidade das normas do artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, conjugadas com as normas do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, na medida em que negam à pessoa nascida com recurso à procriação heteróloga a hipótese de conhecer os seus antecedentes médicos. Sustentava-se no pedido que a pessoa concebida através de técnicas de PMA não tem possibilidade de o saber, por virtude do dever de sigilo que é imposto por lei a todos os participantes no processo, o que a coloca numa situação de desigualdade em relação a quaisquer outros cidadãos.

Depois de referir os dados de direito comparado e as diferentes posições doutrinárias, o Tribunal considerou no citado aresto:

«Do ponto de vista jurídico-constitucional estão aqui em tensão diferentes direitos fundamentais. Por um lado, o direito fundamental da pessoa nascida de PMA à identidade pessoal, do qual parece decorrer um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (artigos 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), e, por outro, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos, respetivamente, nos artigos 36.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição).

A questão deve ser colocada nestes termos, uma vez que a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas e/ou embriões não implica o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial, como expressamente decorre do disposto no artigo 10.º, n.º 2, onde se refere: “(o)s dadores de gâmetas não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer”. [...]

Este mesmo princípio [– o de uma *solução de equilíbrio* em que se tenha em linha de conta outros interesses ou valores conflitantes com o direito ao conhecimento das origens genéticas –] foi afirmado pelo Tribunal Constitucional quando teve oportunidade de se pronunciar acerca do direito ao conhecimento da maternidade e paternidade biológicas, enquanto dimensão do direito à identidade pessoal, a propósito de questão da constitucionalidade do prazo máximo de dois anos após a maioridade para propor ação de investigação de paternidade. A esse respeito, o acórdão n.º 23/06 fez notar que o direito à identidade pessoal, na sua dimensão de historicidade pessoal, implica a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos, mas admitiu que “outros valores, para além da ilimitada receção à averiguação da verdade biológica da filiação (...) possam intervir na ponderação dos interesses em causa, como que comprimindo a revelação da verdade biológica”. [...]

Chegados a este ponto, será necessário relembrar que o artigo 15º da Lei n.º 32/2006 não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite exceções expressamente previstas. Na verdade, embora os intervenientes no procedimento se encontrem sujeitos a um dever de sigilo, as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (n.º 2), bem como informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projetado casamento (n.º 3), além de que podem obter informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verificarem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial (n.º 4).

A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de *total anonimato* do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como

regra, o anonimato dos dados e, como *exceção*, a possibilidade de conhecimento da sua identidade.

Deste modo, [não está em causa a própria] *existência* de um direito ao conhecimento das origens genéticas, [mas tão-só] o *peso relativo* que tal direito merece e a importância que lhe é dada pela lei no regime que concretamente instituiu» (itálicos adicionados).

Seguidamente, o Tribunal analisa a solução legal em termos de *equilíbrio* ou de *concordância prática* entre os diferentes direitos em jogo.

Começa por analisar o *direito à identidade pessoal*:

«[A] identidade pessoal é um conceito referido à pessoa que se constrói ao longo da vida em vista das relações que nela se estabelecem, sendo que os vínculos biológicos são apenas um aspeto dessa realidade. E nesse sentido, a história pessoal de cada um é também a história das relações que vivenciou com os outros, de tal modo que — pode dizer-se - não é possível isolar a vida de uma pessoa da vida daquelas com quem familiarmente conviveu desde a nascença (JOÃO LOUREIRO, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, citado, pág. 292).

A imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais. Deste modo, o direito à identidade pessoal, poderá dizer-se, possui, até certo ponto, um conteúdo heterogéneo: ele abrange diferentes tipos de faculdades, e o seu domínio de proteção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa [...].

Assim sendo, as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efetivamente se desenvolve essa identidade pessoal. O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal.»

Recorde-se que, no já mencionado Acórdão n.º 23/2006, o Tribunal havia caracterizado o direito fundamental em apreço, sem prejuízo da admissão de « que outros valores, para além “da ilimitada receção à averiguação da verdade biológica da filiação — como os relativos à certeza e à segurança jurídicas, possam intervir na ponderação dos interesses em causa”, como que “comprimindo a revelação da verdade biológica”», nestes termos:

«[O] direito à identidade pessoal inclui, não apenas o interesse na identificação pessoal (na não confundibilidade com os outros) e na constituição daquela identidade, como também, enquanto pressuposto para esta autodefinição, o direito ao *conhecimento das próprias raízes*. Mesmo sem compromisso com quaisquer determinismos, não custa reconhecer que saber quem se é remete logo (pelo menos também) para saber quais são os antecedentes, onde estão as raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas (cfr., aliás, também a referência a uma “identidade genética”, que o artigo 26.º, n.º 3, da Constituição considera constitucionalmente relevante). Tal aspeto da personalidade — a *historicidade pessoal* (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada* [...], falam justamente de um “direito à historicidade pessoal”) — implica, pois, a existência de

meios legais para demonstração dos vínculos biológicos em causa [...], bem como o reconhecimento jurídico desses vínculos.

Deve, pois, dar-se por adquirida a consagração, na Constituição, como dimensão do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, de um *direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade.*»

Voltando ao Acórdão n.º 101/2009, o Tribunal procede, depois, às seguintes ponderações:

«[O] direito a constituir família é certamente um fator a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga. A partir do momento em que se admite uma modalidade de procriação medicamente assistida que pressupõe a doação de gâmetas por um terceiro, mal se compreenderia que se estabelecesse um regime legal a ela relativo que fosse tendente a afetar a paz familiar e os laços afetivos que ligam os seus membros. E, nestes termos, tendo-se já discutido a conformidade constitucional desta forma de procriação quando não seja medicamente possível outra [...], não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família.

Cabe, em todo o caso, sublinhar que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30.º, n.º 2, alínea i)). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar de ser consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto.

Contrariamente ainda ao que vem alegado no pedido, por tudo o que se deixou exposto, não há também qualquer violação do princípio da igualdade, em relação às pessoas nascidas a partir da utilização de técnicas de PMA.

Não obstante o dever de sigilo que impende sobre os intervenientes no processo, essas pessoas podem aceder a todos os dados de informação relativos aos seus antecedentes genéticos e só a informação referente à própria identidade do dador é que está dependente de prévia autorização judicial. No entanto, essa limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, como se deixou entrever, pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária suscetível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos.

Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não merece censura constitucional.»

C.4. Apreciação dos fundamentos invocados pelos requerentes

C.4.1. A regra do anonimato à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

71. Os requerentes sustentam que a regra do anonimato dos dadores e da gestante de substituição seria contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal alegação afigura-se, contudo, insustentável, tendo em conta a amplitude do direito à identidade pessoal.

Este direito tem uma ligação estreita com a dignidade da pessoa humana, sendo uma das suas expressões concretas:

«A *identidade pessoal* é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de *verdade pessoal*. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é.» (assim, v. RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., anot. V ao artigo 26.º, p. 609).

Recordando a abordagem que tem vindo a ser feita pela jurisprudência constitucional, os vínculos biológicos — genéticos, epigenéticos e gestacionais —, sendo fundamentais para a auto-compreensão de cada um e para a construção da respetiva identidade, justamente porque integram a sua história pessoal, *não definem* o seu ser-pessoa: o que cada um é na sua realidade única e inconfundível, o mesmo é dizer, na sua identidade pessoal, vai muito para além de tais aspetos. Por isso, se afirmou no Acórdão n.º 101/2009: «[a] imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais». E, por isso, o direito à identidade pessoal tem um conteúdo heterogéneo, abrangendo vários tipos de faculdades (v. *ibidem*).

A regra do anonimato ora em análise reportada aos dadores e à gestante anula parcialmente a historicidade pessoal de cada pessoa nascida nessas circunstâncias, mas, por si só, é insuficiente para adespertar — tornando um certo indivíduo noutra que ele não é — ou para a forçar a viver uma verdade pessoal que não seja a sua, ainda que incompleta. Poderá afetar a consciência da sua própria identidade, suscitando dúvidas, interrogações ou crises; mas não a anula, tal como a mesma se foi manifestando ao longo da vida da pessoa e se continua a manifestar. Por isso, mesmo lesado num dos seus direitos fundamentais, nem por isso aquele que se vê impedido de conhecer as suas origens pode considerar-se degradado no seu ser-humano, inexistindo, por conseguinte, uma autónoma e específica violação da respetiva dignidade.

72. Em especial, no que se refere ao anonimato dos dadores, é de notar, ainda, que a LPMA não estabelece uma regra absoluta. Na verdade, e conforme referido no Acórdão n.º 101/2009, o artigo 15.º, n.º 4, daquele diploma prevê a possibilidade de ser conhecida pela pessoa nascida na sequência de utilização de técnicas de PMA heteróloga a identidade dos dadores de gâmetas, por razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial.

Poderá, naturalmente, argumentar-se, que o processo judicial será demasiado moroso, revelando-se, em muitas situações da vida, um condicionamento excessivo ao exercício do direito à historicidade pessoal. Pode, ainda, alegar-se que todos os mecanismos postos ao dispor da pessoa nascida mediante o recurso a PMA pelas normas do artigo 15.º, n.ºs 2 a 4, resultam inúteis, devido ao sigilo imposto a todos aqueles que tenham tido conhecimento da utilização da PMA ou da identidade dos participantes no processo (artigo 15.º, n.º 1) e, bem assim, à omissão, no assento de nascimento, de qualquer indicação de que a pessoa nasceu na sequência de utilização de técnicas de PMA (artigo 15.º, n.º 5). Para poder exercer o direito legalmente reconhecido ao conhecimento de informações respeitantes à sua identidade pessoal, aquela pessoa tem, em primeiro lugar, de saber — e de poder saber — que foi concebida com recurso a tais técnicas.

Todavia, nenhum destes argumentos invalida o facto — indesmentível — de a lei prever um equilíbrio entre os direitos constitucionais perspetivados pelo legislador como conflituantes.

Assim, num primeiro momento, prevalece o direito dos pais (e dos dadores) à reserva de intimidade da vida privada, e procura-se assegurar a unidade da família. Todavia, o direito fundamental da pessoa nascida com recurso a PMA a conhecer a sua identidade não deixa de ser tutelado pela lei. Aliás, após um juízo jurisprudencial, que pese todas as circunstâncias de cada caso concreto — não suscetíveis de consideração *a priori* pelas normas legais —, o direito à historicidade pessoal do indivíduo fruto de PMA heteróloga poderá sempre prevalecer, totalmente, sobre quaisquer outros direitos, quer dos pais, quer dos dadores, estando aberta a possibilidade de conhecimento da identidade destes últimos. Caberá, pois, a cada pessoa interrogar-se sobre a sua própria identidade e dirigir-se, em caso de dúvida, aos competentes serviços de saúde ou ao CNPMA, junto dos quais poderá clarificar as circunstâncias que conduziram ao seu nascimento. Caber-lhe-á também recorrer aos tribunais, quando entenda ter razões ponderosas que justifiquem o acesso à identidade dos seus progenitores biológicos.

Este dever de questionar a própria identidade não é, aliás, algo de novo, que tenha surgido apenas com a utilização das técnicas de PMA. Situação idêntica ocorria, já, quanto ao *instituto da adoção*, uma vez que também neste caso a lei não assegura ao adotado qualquer meio seguro de conhecer a sua condição.

Com efeito, não existe um dever legal de os pais adotantes revelarem ao filho a adoção, sendo certo que, à luz do artigo 213.º, n.º 2, do Código de Registo Civil, «nas certidões de narrativa extraídas do registo de nascimento de filhos adotados plenamente, a filiação deve ser mencionada apenas mediante a indicação dos nomes dos pais adotivos». Segundo o n.º 3 do mesmo preceito, «a filiação natural do adotado só é mencionada nas certidões de narrativa extraídas do correspondente assento de nascimento se o requisitante expressamente o solicitar» (embora, seja sempre mencionada nas certidões destinadas a instruir processos de casamento). Assim, à semelhança do que se passa no caso da PMA heteróloga, e ressalvados os casos das certidões para efeitos de casamento — o que, todavia, representa uma *diferença significativa*, já que se se decidir casar, o adotado será necessariamente informado da sua filiação natural, contrariamente ao que acontece em relação à pessoa nascida em consequência de processos de PMA (cfr. o artigo 15.º, n.º 5, da LPMA) — o adotado só poderá tomar conhecimento da sua origem, não lhe tendo esta sido revelada, se se questionar e recorrer aos mecanismos legais à sua disposição.

Desta forma, e tendo em conta os valores constitucionais levados em consideração, não se descortinam argumentos que possam sustentar a desconformidade da atual solução legislativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, não só inexiste qualquer instrumentalização degradante, como não decorre das normas questionadas uma compressão total do direito à identidade pessoal, que, anulando o seu conteúdo essencial, comportaria, necessariamente, uma intolerável violação da dignidade da pessoa humana.

73. É verdade que poderá parecer, à primeira vista, que assim também não haverá uma afetação inconstitucional daquele direito fundamental ou dos demais que, juntamente com ele, também são referidos pelos requerentes — os direitos ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética —, uma vez que não são totalmente separáveis os dois parâmetros, na presente análise.

Todavia, existe uma importante diferença entre este juízo e a fiscalização da constitucionalidade das normas aqui em causa com base *apenas* nos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética. Essa diferença reside no grau de intensidade da lesão que o regime jurídico ora em causa possa implicar. Uma ablação total da identidade pessoal — que se afasta pelas razões já indicadas — corresponderia a uma violação da dignidade da pessoa humana. A sua inexistência não afasta, porém, a potencial violação do conteúdo dogmático específico dos direitos fundamentais mencionados.

C.4.2. A regra do anonimato à luz dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética

74. Afastada a inconstitucionalidade das normas questionadas, em virtude da violação do princípio da dignidade humana, cabe analisar se elas respeitam os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, previstos no artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição. Esta apreciação terá de efetuar-se tomando em consideração a densificação material de tais direitos, numa conceção atualizada dos mesmos, interpretada à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, também invocados pelos requerentes.

Na esteira do que defendem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o Tribunal tem entendido que o *direito à identidade pessoal*, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, abrange, não apenas o direito ao nome, mas também o *direito à historicidade pessoal*, enquanto direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que poderá fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, por forma a que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação (v. Autores cits., *Constituição...*, cit., anot. II ao artigo 26.º, p. 462; e Acórdãos n.ºs 456/2003, 157/2005 e 101/2009).

No entanto, o Tribunal também reconhece a diferença existente entre o *direito ao conhecimento da paternidade biológica* e o *direito ao estabelecimento do vínculo jurídico da filiação*, enquanto *dimensões autónomas* do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição (sobre a mencionada distinção, v. JOÃO LOUREIRO, “Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga” in *Lex Medicinæ*, Ano 3.º (2006), n.º 6, pp. 26 ss.; e RAFAEL VALE E REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, cit., pp. 108-109). Neste sentido, afirmou-se no Acórdão n.º 401/2011:

«A identidade pessoal consiste no conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais, isto é, “uma unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal” (Jorge Miranda/Rui Medeiros, em “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, pág. 609, da 2.^a ed., da Coimbra Editora).

Este direito fundamental pode ser visto numa perspetiva estática — onde avultam a identificação genética, a identificação física, o nome e a imagem — e numa perspetiva dinâmica — onde interessa cuidar da verdade biográfica e da relação do indivíduo com a sociedade ao longo do tempo.

A ascendência assume especial importância no itinerário biográfico, uma vez que ela revela a identidade daqueles que contribuíram biologicamente para a formação do novo ser. O conhecimento dos progenitores é um dado importante no processo de autodefinição individual, pois essa informação permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica, revelando-lhe as origens do seu ser. É um dado importantíssimo na sua historicidade pessoal. Como expressivamente salienta Guilherme de Oliveira, «saber quem sou exige saber de onde venho» (em “Caducidade das ações de investigação”, ob. cit., pág. 51), podendo, por isso dizer-se que essa informação é um fator conformador da identidade própria, nuclearmente constitutivo da personalidade singular de cada indivíduo.

Mas o estabelecimento jurídico dos vínculos da filiação, com todos os seus efeitos, conferindo ao indivíduo o estatuto inerente à qualidade de filho de determinadas pessoas, assume igualmente um papel relevante na caracterização individualizadora duma pessoa na vida em sociedade. A ascendência funciona aqui como um dos elementos identificadores de cada pessoa como indivíduo singular. Ser filho de é algo que nos distingue e caracteriza perante os outros, pelo que o direito à identidade pessoal também compreende o direito ao estabelecimento jurídico da maternidade e da paternidade.»

No sentido indicado, o direito à identidade pessoal, embora não consumido pelo direito ao desenvolvimento da personalidade, tem uma estreita conexão com as diferentes dimensões deste último, designadamente no que se refere à *formação livre da personalidade* ou liberdade de ação como «sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória», sem submissão a planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade, e à *proteção da integridade da pessoa*, vista como garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento, ou seja, «proteção da liberdade de exteriorização da personalidade» (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. IV ao artigo 26.º, pp. 463-464). Com efeito, ambas as dimensões assentam na individualidade da pessoa, assegurando-lhe um espaço para a sua dinamização, seja enquanto aprofundamento da consciência de si e autoafirmação, seja na sua relação com os outros.

Relativamente ao *direito à identidade genética*, a que faz referência o n.º 3 do artigo 26.º da Constituição, cumpre recordar o que o Tribunal afirmou no Acórdão n.º 101/2009:

«É na medida em que a pessoa é condicionada na sua personalidade pelo fator genético que a identidade genética própria se torna uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, citada, págs. 204-205).

A garantia da identidade genética, contudo, refere-se especialmente à intangibilidade do genoma e à unicidade da constituição genómica de cada um e tem essencialmente o sentido de impedir a manipulação genética do ser humano e a clonagem (JOÃO LOUREIRO, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano, in Portugal-Brasil* Ano 2000, «*Studia Iuridica*» 40, Coimbra, 1999, pág. 288).»

75. O direito à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição de pessoa nascida com recurso a técnicas de PMA heteróloga, na sua dimensão de direito ao conhecimento da sua ascendência genética, pode conflitar com o direito à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada dos seus pais jurídicos, assim como com idêntico direito dos dadores, consagrados igualmente naquele artigo 26.º, n.º 1. Pode ainda afirmar-se que a opção pela regra do anonimato se baseia numa ideia de proteção da paz no seio da família, à luz do artigo 67.º, n.º 1, da Constituição, que estabelece uma obrigação estadual de criação de «todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros». Por último, haverá ainda quem sustente que um regime jurídico baseado no direito ao conhecimento das origens fará diminuir significativamente o número de dadores, comprometendo, desse modo, a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento da PMA heteróloga e, por essa via, criando dificuldades para um interesse constitucionalmente relevante como é o da existência de famílias com filhos.

76. Na ponderação realizada pelo Acórdão n.º 101/2009, foi atribuído um peso significativo ao risco de afetação da *paz familiar* e dos laços afetivos que ligam os membros de uma família, nomeadamente os pais e os filhos, considerando-se constitucionalmente legítima a criação de «condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família».

É claro que os dadores também estão abrangidos pela obrigação de sigilo absoluto estatuída no artigo 15.º, n.º 1, da LPMA. Mas, em boa verdade, os dadores nem sequer têm acesso aos dados relativos à PMA (cfr. o artigo 16.º da LPMA e os artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro). E, de qualquer modo, a questão de inconstitucionalidade em análise não respeita ao interesse dos dadores conhecerem os beneficiários das suas doações e as pessoas nascidas em resultado da utilização do material genético que doaram. *Inversamente*, o problema reside na impossibilidade (ou grande dificuldade) destas pessoas conhecerem aqueles dadores, cujo material genético integra a sua constituição genómica.

Por outro lado, no tocante às relações entre pais e filhos, à medida que os segundos se tornam mais autónomos até atingirem a idade de adultos, vai diminuindo a importância de um qualquer interesse dos primeiros na ocultação das circunstâncias em que aqueles foram concebidos. Aliás, a partir do momento em que o filho saiba ou tenha a suspeita de que nasceu em consequência de processos de PMA heteróloga e forme a vontade de clarificar as suas origens genéticas, a oposição dos pais a tal intenção é que poderá ameaçar a estabilidade dos laços afetivos entre estes e aqueles.

Tendo conhecimento de ter nascido na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga, não se vislumbra por que razão tal pessoa, já adulta, deva ficar menos ligada afetivamente aos seus pais jurídicos, a partir do momento em que também conheça a identidade dos dadores de gâmetas que foram essenciais para

a formação da sua identidade genética. E mesmo que tal crise das relações afetivas ocorra, também não se vê porque há-de o Estado interferir nela, privilegiando os pais que recorreram à PMA heteróloga em detrimento, do direito dos filhos nascidos na sequência da utilização de tais técnicas ao conhecimento da sua ascendência genética, e que, pretendendo exercê-lo por razões que se prendem com a sua própria auto-compreensão, a autodefinição da sua identidade e o desejo de conhecer a sua verdade biográfica, busca as origens do seu ser, a fim de «encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica» (cfr. o Acórdão n.º 401/2011).

77. Importa considerar igualmente a perspectiva dos dadores, enquanto pessoas que colocam ao serviço de outrem que não conhecem, no quadro de um processo da PMA, a sua capacidade procriativa, os seus gâmetas, a fim de gerar uma criança.

O estatuto do dador não é, do ponto de vista legal, o de *pai* ou *mãe*, da pessoa assim nascida, uma vez que o artigo 10.º da LPMA proíbe o estabelecimento de laços de filiação entre eles. Em consequência, a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas e/ou embriões não implica, de forma alguma, o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial: é, efetivamente, distinto revelar a identidade dos dadores e investi-los nos direitos e obrigações correspondentes à paternidade ou maternidade, o que mal se compreenderia face à inexistência, por parte daqueles, de qualquer projeto de parentalidade.

A figura do dador é importante, por outro lado, porque um dos principais argumentos avançados pelos autores que defendem a regra do anonimato é o risco de diminuição do número de dadores. Contudo, embora esta tendência se verifique, por vezes, numa primeira fase, logo a seguir a modificações legislativas no sentido de uma maior abertura, a verdade é que em países que já operaram tal mudança o número de dadores voltou a aumentar, em período posterior. De acordo com a *Human Fertilisation and Embriology Authority* britânica, o número de dadores e de ciclos de tratamento efetuados com recurso a gâmetas doados tem aumentado de forma notória, nos últimos anos (cfr. *Fertility treatment 2014 - Trends and figures*, acessível em <http://ifqtesting.blob.core.windows.net/umbraco-website/1783/fertility-treatment2014-trends-and-figures.pdf>). Perde, por isso, relevância este argumento, na medida em que parece poder alegar-se que a captação de dadores é influenciada por vários fatores distintos e que, num quadro legal em que prevaleça a regra do direito ao conhecimento das origens, aqueles serão, necessariamente, mais conscientes do seu papel na criação de uma vida e, desta forma, melhores dadores, do ponto de vista ético.

De todo o modo, esta consideração de natureza empírica, dada a falta de uma evidência concludente, no sentido de a mencionada regra do direito ao conhecimento das origens determinar uma redução drástica do número de dadores, é insuscetível de constituir um óbice relevante ao reconhecimento de tal direito.

78. Em suma, tem-se vindo a fortalecer a posição que sustenta dever a doação, no quadro de um processo de PMA, ser entendida de acordo com um verdadeiro princípio de responsabilidade, por parte de todos os envolvidos.

A evolução verificada neste domínio no plano do direito comparado é elucidativa. Acresce que as próprias conceções políticas e sociais nacionais também têm evoluído nesse sentido, sendo digna de registo, a esse propósito, a garantia do *acesso ao conhecimento das origens*, a solicitação expressa do adotado com idade igual ou

superior a 16 anos, consagrada no artigo 6.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro (cfr. também o artigo 1990.º-A do Código Civil, aditado pela referida Lei).

Na verdade, de um tempo em que o segredo sobre as origens se considerava justificado e até desejável, passou-se a um quadro concetual que promove a transparência nas relações humanas, incluindo as relações familiares. Por toda a Europa se assiste a um progressivo reconhecimento, em termos amplos, do direito a aceder aos dados sobre a própria origem, incluindo a identidade dos dadores, como decorrência necessária da proteção constitucional conferida ao direito à identidade e à historicidade pessoal.

Assim, é difícil compreender que o legislador português — que alterou, recentemente e de maneira substancial, a LPMA — continue a optar por uma solução que se centra nos gâmetas, isoladamente considerados, apagando, por regra, a identidade do dador, e presumindo, sem que para tal se descortine fundamento suficiente, que este rejeitará o reconhecimento do seu papel na criação de vida humana, ou que a assunção da sua existência pode menorizar, de alguma forma, o essencialíssimo papel dos pais — *pais* no plano jurídico e no plano fáctico — da pessoa nascida de PMA com recurso a gâmetas de terceiro.

79. As considerações que antecedem valem, no essencial, igualmente para a questão do conhecimento da identidade da gestante de substituição.

Esta, apesar de dar à luz a criança, não é tida como sua mãe (artigo 8.º, n.º 7, da LPMA). Mas, por outro lado, atenta a natureza da relação intrauterina e a sua importância constitutiva para a futura criança (cfr. *supra* o n.º 43), a gestante de substituição pode tornar-se — e a probabilidade de que tal aconteça será tanto maior, quanto mais próxima for a sua relação com o casal beneficiário — um ponto de referência relevante no «itinerário biográfico» daquela. Com efeito, a gestação é uma vivência pessoal diferenciadora, pelo que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem a suportou, por razões análogas às que fundamentam a pretensão do conhecimento das origens genéticas.

Neste contexto, são plenamente aplicáveis as considerações feitas *supra* no n.º 76. Por outro lado, no quadro do modelo português de gestação de substituição, só é gestante de substituição quem assume expressa e conscientemente a vontade de cooperar com o casal beneficiário na procriação, de modo a que este crie uma família com um filho com o qual mantenha uma ligação genética (cfr. *supra* os n.ºs 8, 24 e 28). Consequentemente, o aludido princípio de responsabilidade já está necessariamente presente (cfr. *supra* o número anterior).

80. Nestes termos, é de concluir, à luz das conceções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição — mas, no caso destas, como regra absoluta —, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade,

consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se *desnecessária* tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas — e só — quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.

D. A dispensa de averiguação oficiosa da paternidade

81. Os requerentes questionam ainda a dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, consagrada no artigo 20.º, n.º 3, da LPMA, que tem o teor seguinte:

«Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.»

Esta norma aplica-se apenas aos casos em que uma mulher, a título individual, ou seja, fora do contexto de um casamento ou de uma união de facto, tenha recorrido a técnicas de PMA para engravidar, já que nos restantes casos, nomeadamente no citado contexto, a aplicação de tais técnicas é obrigatoriamente precedida do consentimento «dos beneficiários», conforme previsto no artigo 14.º da LPMA. Os beneficiários são, tal como definido no artigo 6.º, n.º 1, da mesma Lei, em primeiro lugar, «os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres», caso em que se afigura necessário o consentimento expresso de ambos os membros do casal. Em segundo lugar, e como afirmado, as mulheres “sós”, no sentido em que se apresentam para recorrer às técnicas de PMA sem ser acompanhadas por um par masculino ou feminino.

Os requerentes não incluíram no pedido de fiscalização da constitucionalidade o citado artigo 6.º, n.º 1, que, como referido *supra* no n.º 36, pode suscitar questões de inconstitucionalidade relacionadas com a possibilidade de criação de famílias monoparentais.

É verdade que assumem a perspetiva do Parecer n.º 87/CNECV/2016, segundo a qual a Lei n.º 17/2016 trouxe uma «alteração de paradigma da utilização das técnicas de PMA». Mas fazem-no num contexto em que procuram evidenciar um desvio da atenção dos direitos da criança, nomeadamente o de conhecer as suas origens genéticas, para a proteção exclusiva da mulher e do seu «direito a constituir família e a ter filhos». Nesse sentido, afirmam, a propósito da invocada violação do direito à identidade pessoal:

«[O] direito ao conhecimento das origens genéticas assume considerável importância no que concerne à PMA de cariz heterólogo — ou seja, com gâmetas de terceiros — e assume-o preponderantemente nesta lei, uma vez que a inseminação heteróloga passa a ter um campo de aplicação muito mais alargado, precisamente porque deixa de ter um carácter subsidiário, para passar a ser um método alternativo de procriação, como facilmente se depreende do disposto nos artigos 4.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1.

A questão que se coloca é então a de saber, não se é constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade. Está em jogo o peso relativo que o direito à identidade pessoal merece e a importância que a lei lhe dá no regime que institui *vis a vis* o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.»

E mais adiante:

«Os signatários do pedido consideram que a “mudança de paradigma” trazida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, bem como o alargamento do regime à “gestação de substituição” aprovado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxeram indubitavelmente uma nova atualidade e premência à questão do conhecimento da identidade genética das crianças geradas por via de PMA, nomeadamente, por via de inseminação heteróloga, não só pela universalidade — no limite, todos podem nascer por recurso a tais técnicas — mas também pela imperatividade e clareza do preceito constitucional, grosseiramente violado e genericamente afastado pela lei.»

Que esta é a preocupação dos requerentes, confirma-o inequivocamente a parte conclusiva do seu pedido: as razões por que consideram «que a nova redação do artigo 20.º, n.º 3, da Lei da PMA, na parte em que dispensa a instauração da averiguação oficiosa da paternidade quando apenas houve lugar ao consentimento da pessoa sujeita a PMA» viola a Constituição, são *exatamente as mesmas* que são invocadas para questionar a constitucionalidade do artigo 15.º da mesma Lei, na parte em «que condiciona a obtenção de conhecimento sobre a identidade do dador — por parte de pessoa nascida de PMA — à instauração de processo judicial e à existência de razões ponderosas para a quebra do regime de confidencialidade». E os parâmetros de controlo convocados também são idênticos. Significativamente, aliás, os requerentes nunca referem no seu pedido os *pais* (enquanto figura de referência ao lado das mães) ou a *paternidade* enquanto valor social eminente, ao lado da maternidade (cfr., respetivamente, os n.ºs 1 e 2 do artigo 68.º da Constituição).

Não cabe a este Tribunal indagar as razões que presidiram à específica formulação do pedido pelos requerentes, mas apenas verificar que, nos termos do princípio do pedido, se deve limitar a apreciar a conformidade constitucional da norma do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA, tendo em consideração a plena vigência do artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma. Além disso, o mencionado artigo 20.º, n.º 3, também é um corolário da solução prevista no artigo 10.º, n.º 2, da mesma Lei — «[o]s dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer» —, pelo que o pedido não fica, nesta parte, desprovido de sentido nem inutilizado.

82. Com efeito, quando uma mulher recorra às técnicas de PMA sozinha, isto é, não enquanto membro de um casal de pessoas casadas entre si ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, de acordo com a lei em apreço, a sua gravidez só se torna possível mediante a utilização de gâmetas masculinos doados. Poderá também recorrer à doação de embriões, mas, em qualquer caso, o esperma inevitavelmente necessário para gerar um filho pertencerá a um terceiro, que a ela não se encontre unido, de facto ou pelo casamento. Cria-se, assim, através do recurso à ciência, uma família voluntariamente monoparental, *ab initio*.

Assim sendo, afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida.

Desta forma, e no caso presente, o legislador limitou-se a estabelecer uma exceção à regra da averiguação oficiosa da paternidade, evitando os transtornos para a mãe e a criança daí necessariamente decorrentes, bem como a mobilização de meios públicos para um processo sem qualquer propósito. Dada a especificidade desta situação — evidentemente distinta da dos filhos de “mães solteiras” que não

recorreram a técnicas de PMA e que terão sempre, portanto, um *pai* biológico e jurídico, cuja identidade é determinável — não se vê como possam ter sido violados os princípios constitucionais invocados.

Desde logo, a solução do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA não pode ser tida por violadora do princípio da igualdade, visto que o legislador quis encontrar uma regra diferente para uma realidade também diferente, no que à geração de uma criança diz respeito. Por outro lado, a norma em causa afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança gerada por mulher sozinha com recurso a PMA, designadamente, o respeito pela sua vida privada e familiar.

Quanto aos direitos, também convocados, nesta sede, pelos requerentes, à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, e ao princípio da dignidade da pessoa humana, cabe notar que eventuais lesões, neste plano, decorreriam não da dispensa de averiguação oficiosa de uma paternidade, que *de iure* não existe; mas, sim, da utilização de gâmetas doados *em si mesma*, o que implicaria uma avaliação da constitucionalidade do recurso a procriação heteróloga, a qual também não foi requerida.

E. Limitação de efeitos

83. Recorde-se que são traços essenciais do modelo português de gestação de substituição, entre outros, a excecionalidade e a sujeição a autorização prévia dos contratos de gestação de substituição (cfr. os n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º e *supra* o n.º 9), competindo tal autorização ao CNPMA, depois de ouvida a Ordem dos Médicos; e, bem assim, o afastamento do critério geral de estabelecimento da filiação previsto no artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil, uma vez que a criança nascida em consequência de tal modo de procriação é tida como filha de quem figura como beneficiário no dito contrato (cfr. os n.ºs 4 e 7 do mesmo preceito e, de novo, *supra* o n.º 9).

Atenta a data do início de vigência das alterações ao artigo 8.º da LPMA introduzidas pela Lei n.º 25/2016 — 1 de agosto de 2017, conforme decorre dos artigos 3.º e 4.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, em conjugação com os artigos 1.º e 8.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho —, é possível que presentemente se encontrem em fase de execução contratos de gestação de substituição já autorizados pelo CNPMA ao abrigo do regime excecional agora declarado inconstitucional, com força obrigatória geral. Esta declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeitos desde a entrada em vigor das normas declaradas inconstitucionais (cfr. o artigo 282.º, n.º 1, da Constituição). Consequentemente, tais contratos terão de ser considerados como *não autorizados* e, nessa medida, celebrados ao abrigo de um regime que não admite contratos de gestação de substituição.

O objeto destes contratos é conseguir que a gestante de substituição engravide mediante a utilização de técnicas de PMA, por forma a que, no final do período de gestação, dê à luz uma criança que será tida como filha dos beneficiários. Reconhece-se, por isso, que, no caso de já terem sido iniciados os processos terapêuticos de PMA em execução de contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA, é elevada a probabilidade de já existirem gâmetas recolhidos ou embriões formados em vista da concretização de processos concretos de gestação de substituição. É igualmente possível que já tenha ocorrido a transferência uterina de embriões com a consequente gravidez.

Dado o valor intrínseco de todos esses bens, e outrossim o respeito pela saúde e integridade física de quem já foi objeto de atos médicos correspondentes à utilização de técnicas de PMA, justifica-se, por imperativos de segurança jurídica, tendo em conta os valores fundamentais envolvidos, em especial, nos casos em que já exista vida humana extrauterina ou intrauterina, o dever do Estado de proteção da infância, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA relativamente a tais contratos e, bem assim, da inconstitucionalidade consequente dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo; assim como, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade do n.º 8 desse artigo, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, e, por isso, também da inconstitucionalidade consequente do n.º 7 do citado artigo 8.º.

III. Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal decide:

- a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1;
- b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, 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;
- c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei;
- d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo;
- e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da

personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;

- f) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido formulado pelos requerentes;
- g) Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Lisboa, 24 de abril de 2018 — *Pedro Machete* — *Maria de Fátima Mata-Mouros* (parcialmente vencida nos termos da declaração junta) — *Gonçalo de Almeida Ribeiro* (parcialmente vencido nos termos da declaração junta) — *Maria José Rangel de Mesquita* (parcialmente vencida nos termos da declaração que se junta) — *José Teles Pereira* (vencido parcialmente nos termos da declaração de voto junta) — *Fernando Vaz Ventura* (com declaração quanto à alínea e) da decisão; vencido quanto às alíneas b) e c) da decisão pelas razões constantes da declaração de voto conjunta) — *Catarina Sarmiento e Castro* (parcialmente vencida nos termos da declaração de voto junta) — *Lino Rodrigues Ribeiro* (vencido quanto às alíneas c) e d) conforme declaração conjunta anexa) — *Claudio Monteiro* (parcialmente vencido nos termos da declaração de voto junta) — *João Pedro Caupers* (junta declaração) — *Maria Clara Sottomayor* (parcialmente vencida nos termos de declaração de voto anexa) — *Manuel da Costa Andrade*.

Tem voto de vencida quanto às alíneas b), c), e) (parcialmente) e g) (parcialmente) a Senhora Conselheira Joana Fernandes Costa, que não assina por não estar presente, tendo apresentado declaração de voto conjunta quanto às alíneas b) e c) e individual quanto às alíneas e) e g).

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Parcialmente vencida.

Considero que o modelo de gestação de substituição consagrado no artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é inconstitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e, no que diz especificamente respeito à procriação assistida, na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º do texto constitucional. Nessa medida, votei a inconstitucionalidade de todo o artigo 8.º da LPMA o que acarreta também a inconstitucionalidade consequente de todas as normas respeitantes à gestação de substituição constantes daquela Lei, encontrando-me, correspondentemente, vencida, nesta dimensão respeitante à alínea f) da decisão.

Foi, portanto, essencialmente por maioria de razão — pois se considero todo o modelo inconstitucional, daí necessariamente retiro a inconstitucionalidade das diferentes normas que o compõem —, que juntei o meu voto às alíneas a), b), c) e d) da decisão do acórdão, designadamente no que respeita à declaração de inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 7, 8, 10, 11 e 12 do artigo 8.º da LPMA.

Tenho igualmente objeções à delimitação da última questão de constitucionalidade suscitada, respeitante à norma do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA.

2. É central para a análise da questão da constitucionalidade do artigo 8.º da LPMA que prevê a gestação de substituição, enquanto forma de procriação com recurso a uma técnica de procriação medicamente assistida (PMA) confrontá-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado no artigo 1.º da Constituição, confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade de sentido, de valor e de concordância prática, sendo um elemento essencial da sua interpretação e integração, diante da conceção que faz da pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Desta forma, o valor eminente da dignidade humana determina os direitos fundamentais e é enformado pelo seu conteúdo. É esse também o contexto em que a Constituição proíbe, no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), as técnicas de procriação lesivas da dignidade humana, determinando os limites para a regulamentação da PMA que não de encontrar expressão nos diversos direitos fundamentais.

Como refere o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, na linha do que se mostra consignado igualmente na Convenção sobre Direitos do Homem e Biomedicina, «a decisão sobre a utilização de técnicas de PMA deve estar subordinada ao primado do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações [da] ciência e das tecnologias médicas (...)» (cfr. Relatório e Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida n.º 87/CNECV/2015, ponto III. 4., p. 11).

3. No entender do acórdão, somente a instrumentalização que anule ou desconsidere a autonomia pessoal pode ser considerada violadora da dignidade humana porque reduz a pessoa a uma coisa ou objeto (ponto 28). Mais, consigna-se mesmo no acórdão que, 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. ponto 28).

No desenvolvimento desta ideia, o acórdão empreende uma apreciação estratificada do processo de procriação através da gestação de substituição instituído na LPMA, diferenciando, num primeiro plano, ao nível do modelo, a perspetiva da gestante e a perspetiva da criança assim concebida, e, num segundo plano, desenvolvido já ao nível do regime, o momento da celebração do contrato e o momento do seu cumprimento.

A metodologia argumentativa assim adotada reflete uma visão de pendor excessivamente individualista do presente problema de direitos fundamentais na medida em que analisa a validade constitucional do modelo proposto de gestação de substituição numa perspetiva da gestante isolada da relação que a liga ao ser em gestação. Desta forma, maximizando a dimensão individual da identidade pessoal neste contexto, o acórdão, no entanto, não dá o devido valor a toda a dimensão relacional que também a caracteriza. Adotando uma linha de pensamento segundo a qual em regra cada pessoa é o juiz da sua dignidade individual, reconduz a dimensão da dignidade da pessoa humana ao exercício da autonomia da vontade e da liberdade da gestante.

Um tal afastamento do paradigma de matriz comunitária compromete o valor prescritivo da realidade natural e social em benefício da vontade individual, o que não posso acompanhar.

Além de capturar a ideia de dignidade humana como mera expressão do individualismo, negligencia a verdade, como se esta não constituísse também um elemento relevante na dignidade humana.

4. É tentador procurar na liberdade e na vontade a resposta para a validade constitucional da gestação de substituição. Permite esconder o aspeto da controvérsia respeitante à instrumentalização da mulher. Mas é impossível evitar essa discussão.

Dignidade e autonomia da pessoa, sendo embora indissociáveis, não se confundem. Não basta assegurar a liberdade para se garantir o respeito pela dignidade humana. A liberdade não pode ser compreendida como um exercício ilimitado e arbitrário da vontade, implicando sempre a responsabilidade. Cada pessoa, inserida como está numa sociedade, tem de ser compreendida na sua relação com as demais. A dignidade de cada pessoa pressupõe a dignidade do outro. É, portanto, inevitável e legítimo limitar a sua autonomia nos casos em que o seu exercício tem implicações relativamente aos outros.

Sem a devida valorização da condição de vulnerabilidade do ser que irá nascer, o respetivo estatuto tenderá a ser reduzido ao de objeto dos direitos dos adultos em que o filho deixa de ser reconhecido como um bem único e indisponível, dotado de objetiva dignidade ontológica. Numa lógica consequencialista, dá-se por certo que a criança nunca terá por que se queixar, já que não fora a técnica adotada em execução do acordo entre adultos, e nem existiria (cfr. ponto 32).

A análise moldada sobre o modelo do indivíduo adulto e livre deixa de fora as crianças, precisamente quem mais carece de proteção no âmbito da aplicação da procriação através de gestação de substituição.

Não posso acompanhar uma tal análise, desde logo por nela se ignorar que a identidade pessoal é inerente a cada ser humano singular, durante toda a sua existência biológica, como sua característica estrutural.

5. A gestação de substituição quebra intencionalmente a ligação entre mãe e filho que começa no útero, ainda antes do nascimento, moldando o significado do ato de gerar e o valor pessoal dos papéis geradores, aos quais é confiada a construção da identidade pessoal do ser humano.

Sendo um dado inquestionável que a dignidade é um valor reconhecido a cada pessoa em si mesma, na sua consideração não é possível ignorar a sua relação com o outro. No processo de procriação, este elemento relacional entre dois seres adquire densidade exponencial.

Ora, é a consideração da dimensão relacional da dignidade humana, ausente no acórdão no que concerne à reciprocidade da ligação que se estabelece entre a gestante e o nascituro, a parturiente e o neonato ou mesmo a puérpera e o bebé, que permite compreender que o problema de constitucionalidade atinente a este princípio fundamental não está na falta de previsão da revogabilidade do consentimento da gestante. Está antes na possibilidade do consentimento em si, para servir de simples instrumento à gestação e nascimento de uma criança que não se quer para filho.

De resto, parece-me pouco coerente concluir — como faz o acórdão — que o regime previsto no artigo 8.º, n.º 8, da LPMA viola a dignidade da gestante por não estar consagrada a revogabilidade do consentimento, quando antes se afirmou que não viola a sua dignidade consentir na gestação para outrem precisamente por se entender que o regime assegura a vontade livre e esclarecida da gestante (cfr., *e.g.*, pontos 28, 43, 46 e 47). Entender que a violação da dignidade humana está na

irrevogabilidade do consentimento e não, logo a montante, na permissão do consentimento, em si mesmo considerado, ignora o paradoxo da «servidão voluntária». Como nota Francesco d'Agostino (*Justiça. Elementos para Uma Teoria*, Principia, Cascais, 2009, pp. 26-27), «(...) A opção pela servidão voluntária é (...) existencialmente contraditória: quem escolhe *livremente* a escravidão sabe que desse modo se condena a si próprio a ver ser-lhe *definitivamente* subtraída a possibilidade de posteriores *escolhas livres*».

Por outro lado, também é pouco coerente sustentar a necessidade de previsão de revogabilidade do consentimento *ao longo de todo o processo* enquanto, simultaneamente, se utiliza como argumento para afastar a ideia da reificação ou de abandono da criança o facto de a renúncia da gestante à maternidade (artigo 8.º, n.º 1) permitir o estabelecimento da filiação a favor dos outros contratantes *ab initio*, já que os seus pais se encontram definidos antes mesmo da conceção (cfr. ponto 32).

Estas incoerências argumentativas confirmam, a meu ver, que o problema de constitucionalidade colocado pela gestação de substituição prevista na LPMA não se confina a meros aspetos concretos do regime, como o acórdão sustenta, resultando antes de todo o modelo adotado naquele diploma, como de seguida explicarei.

6. Apesar de ser um ato do foro íntimo, a procriação humana projeta os seus efeitos para além do domínio privado. Materializa identidades, estabelece laços e relaciona gerações, identificando responsáveis pelos cuidados entre pais e filhos, avós e netos e, em geral, entre parentes e afins. Como processo de procriação humana que é, a gestação de substituição não esgota os seus efeitos na reprodução biológica: dá origem a vínculos de parentesco, que pressupondo um reconhecimento, não têm em si um mero significado biológico, antes conferem significado e valia antropológica, que constituem uma base da humanização.

Sendo assim, a análise da conformidade da gestação de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana não pode deixar de convocar, a par dos direitos pessoais consagrados no artigo 26.º da Constituição, também outros direitos e valores fundamentais constitucionalmente consagrados em matéria de família e filiação, bem como as obrigações de proteção da infância impostas ao Estado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º da Constituição.

O Tribunal Constitucional tem vindo a afirmar que o conteúdo essencial do direito de constituir família abrange, além do direito dos progenitores a estabelecer vínculos de filiação, também o direito do filho ao conhecimento da paternidade e da maternidade bem como ao estabelecimento da correspondente filiação, não os fazendo decorrer apenas do direito à identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição). Como ainda recentemente salientou (cfr. Acórdão n.º 346/2015) o direito ao conhecimento da paternidade biológica, assim como o direito do filho ao estabelecimento do respetivo vínculo jurídico, cabe no âmbito e proteção quer do direito fundamental à identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) quer do direito fundamental de constituir família (artigo 36.º, n.º 1, da CRP).

O direito ao conhecimento das origens genéticas não pode, por conseguinte, deixar de incluir uma dimensão de proteção que limite o legislador na consagração de soluções que permitam aos progenitores dispor livremente do respetivo estatuto jurídico, escolhendo assumir ou não a condição legal de pai ou mãe. De modo idêntico, também do *direito à historicidade pessoal* resulta um princípio de limitação da livre escolha entre assunção ou rejeição do papel que o direito reserva como consequência do facto de se gerar e dar à luz uma criança.

Estes direitos são reconhecidos também internacionalmente na Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, ao prever, no artigo 7.º, que toda a criança tem o direito à identidade, incluindo «o direito de conhecer e de ser cuidada pelos seus próprios pais».

7. Deixando de parte a maternidade de substituição a título oneroso — que o legislador afastou e é, de resto, proibida pelo artigo 21.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina —, as soluções legislativas adotadas nos ordenamentos jurídicos que permitem e regulam a prática da gestação de substituição diferenciam-se em função do modo de estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade que lhes estão associados, entre modelos de estabelecimento legal e modelos de estabelecimento judicial da filiação. O modelo de gestação de substituição definido nos n.ºs 1 e 7 do artigo 8.º caracteriza-se pela entrega da criança pela gestante aos beneficiários e o reconhecimento a estes últimos da maternidade (e também da paternidade) *ab initio*, diferenciando-se de outros modelos, como por exemplo o que vigora no Reino Unido (assente numa transferência judicial da maternidade da criança através de uma «parental order»).

Ao definir, no n.º 1 do artigo 8.º da LPMA, «gestação de substituição» como a situação em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, «renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade», o legislador reconhece clara e expressamente a incidência na gestante de poderes e deveres próprios da maternidade. É, de resto, nessa qualidade que a mulher intervém no contrato e presta o consentimento necessário. É também o que resultaria da consagração da possibilidade da gestante renunciar ao longo de todo o processo. Todavia, a norma em causa habilita-a a renunciar àqueles deveres, por simples ato de vontade.

Por seu turno, o n.º 7 do artigo 8.º da LPMA estabelece que a criança que nascer por gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários, desprezando direitos fundamentais que enformam também a dimensão da dignidade humana enquanto limite constitucionalmente imposto às técnicas de PMA (artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), como sejam o direito fundamental previsto no n.º 5 do artigo 36.º da CRP, segundo a qual «os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» e o direito fundamental consagrado no n.º 6 do artigo 36.º da Constituição, segundo a qual «os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial».

Na verdade, ao desfazer a ligação entre a gestação, o parto e a «mãe», a gestação de substituição traz em si implicada a fragmentação do sentido de filiação e maternidade. Desde logo porque uma dispersão dos vários elementos integrantes do todo altera a natureza do conceito. A utilização da mulher como «gestante» transforma a «genitora» (do latim, *mater*) num mero serviço despido de relação pessoal, desconstruindo a ideia simbólica que é reconhecida à «maternidade» enquanto matriz civilizacional, com consequências inevitáveis ao nível da representação das relações mãe/filho e vice-versa. A dissociação e fragmentação da maternidade implicada na gestação de substituição coloca problemas de compatibilidade com o seu valor social eminente que, nos termos da Constituição, deve merecer a «proteção da sociedade e do Estado» (artigo 68.º, n.º 2).

Fazer depender os deveres de associação que decorrem dos laços familiares de uma escolha (vertida num contrato) leva à quebra das obrigações de solidariedade entre os seus membros o que compromete a tutela constitucional da «maternidade» e da «paternidade» enquanto fatores de efetivação do direito ao desenvolvimento integral da personalidade e de garantia do próprio valor da família como «elemento natural e fundamental da sociedade» (artigo 16.º, n.º 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem). Uma tal fragmentação ao nível da representação familiar e comunitária reflete-se também nas futuras gerações.

Não ignoramos os desenvolvimentos que o progresso biotecnológico pode introduzir em conceitos como «mãe» ou «pai», antes considerados claros e inquestionáveis, mas nem o mais habilidoso construtivismo concetual poderá transformar o «direito da criança aos seus pais» num «direito do adulto à criança».

8. Diferentemente do acórdão, entendo, assim, que o problema de constitucionalidade que a gestação de substituição consagrada no artigo 8.º da LPMA coloca, por desrespeitar o limite da salvaguarda da pessoa humana imposto no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, não surge apenas pela limitação à revogabilidade do consentimento, resultante dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.ºs 4 e 5, da LPMA, antes e, desde logo, na previsão da possibilidade de uma mulher se dispor a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Se dúvidas houvesse no que respeita à instrumentalização da gestante, o próprio acórdão as resolve ao confirmar, afinal, ainda que apenas em sede de análise do regime, que «Por força das características próprias da gravidez, enquanto fenómeno biológico, psicológico e potencialmente afetivo com carácter dinâmico e imprevisível quanto a diversas vicissitudes, não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida (...)» (cfr. ponto 46). Como conjugar um tal dado com o pressuposto antes assumido, de que a legitimação da intervenção da gestante na gestação de substituição se legitima na afirmação livre e responsável da sua personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição) que, em última análise, se funda na sua dignidade (cfr. ponto 28)?

Acresce que, ao colocar o acento tónico na necessidade de acautelar uma cláusula de consciência, prevendo o direito ao arrependimento da gestante, o acórdão despreza os outros interesses em presença e que também merecem consideração. Desde logo os beneficiários, que só aceitaram contratar com base na renúncia da gestante à maternidade. Mas acima de tudo despreza o superior interesse e, com ele, a dignidade da criança que, assim, é gerada na indefinição de quem serão, afinal, os seus pais.

9. Na verdade, a consagração da revogabilidade do consentimento da gestante durante todo o processo de gestação de substituição, neste modelo que contém na sua definição a «entrega da criança» nos termos previstos no n.º 1 do artigo 8.º, não eliminaria, antes tornaria ainda mais evidente, o principal obstáculo constitucional à sua consagração. Trata-se da gravidez vista como um serviço com obrigação de resultado potenciadora da «reivindicação do outro» numa disputa entre adultos sobre quem é o titular do «direito à criança» originada num processo de procriação que funcionaliza o recém-nascido no seu modo de vinda ao mundo. Subestimando-se a dimensão relacional da dignidade humana, precisamente no campo que envolve os seres humanos mais frágeis, permite-se que a criança seja concebida para

ser entregue. O altruísmo reconhecível no sacrifício da gestação para outrem, não dispensa, afinal, também a doação do outro.

O mais vulnerável de todos os sujeitos é sempre a criança, em especial antes de nascer, período em que o seu reconhecimento como ser humano e proteção depende inteiramente da vontade de adultos.

Por essa razão o princípio do superior interesse da criança não pode ser separado do respeito pela dignidade humana o que implica que a criança nunca deverá ser tratada como um meio para satisfazer desejos de outras pessoas, especialmente se a solução encontrada, nem mesmo do ponto de vista científico pode ser considerada isenta de dúvidas sobre os malefícios que pode causar no seu bem-estar e desenvolvimento.

Por estas razões votei a inconstitucionalidade de todo o artigo 8.º da LPMA o que acarreta a inconstitucionalidade consequente de todas as normas respeitantes à gestação de substituição constantes daquela Lei.

10. Finalmente, não fiquei convencida de que o âmbito de apreciação que foi feita da norma do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA corresponda inteiramente ao pedido formulado pelos requerentes.

O acórdão considera que os requerentes limitam o pedido de apreciação à dimensão da norma atinente à dispensa de averiguação oficiosa da paternidade. Consequentemente, e apesar de ter «em consideração a plena vigência do artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma», preceito que — conforme também assinalou — «pode suscitar questões de inconstitucionalidade relacionadas com a possibilidade de criação de famílias monoparentais» (ponto 81), o Tribunal não entrou na respetiva apreciação, por a norma do artigo 6.º não constar do pedido.

Creio, no entanto, que, ao pedirem nas considerações finais, a fiscalização da «nova redação do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA, na parte em que dispensa a instauração oficiosa da paternidade quando apenas houve lugar ao consentimento da pessoa sujeita a PMA» (citado no ponto 81, sublinhado nosso), os requerentes não introduziram nenhuma restrição relevante à apreciação da norma resultante daquele preceito. Na verdade, o artigo 20.º, n.º 3, da LPMA, estabelece a determinação da maternidade da mulher que recorre individualmente a uma técnica de PMA, dispensando os serviços públicos de averiguar officiosamente a paternidade incógnita. É este o seu conteúdo normativo útil. E é precisamente esse o conteúdo normativo que os requerentes questionam: a determinação da maternidade com dispensa de averiguação da paternidade biológica que, assim, permanece incógnita, o que expressa uma «mudança de paradigma da utilização das técnicas de PMA» com «*o centrar da PMA na mulher e num único progenitor*, que deixa a descoberto a necessidade de maior atenção aos direitos da criança que vai nascer» (pp. 6 e 7 do requerimento — sublinhado nosso).

Penso, assim, que o acórdão devia ter analisado as questões de inconstitucionalidade relacionadas com a possibilidade de criação de famílias monoparentais que assinalou nos pontos 36 e 81.

Neste âmbito, cumpre ainda salientar que no Acórdão n.º 101/2009, o Tribunal Constitucional pronunciou-se num contexto normativo completamente diferente do atual, em que não havia ainda abertura da PMA heteróloga a casais de mulheres ou a uma mulher só, independentemente de razões médicas. Trava-se, então, apenas de dar uma resposta médica para um problema de infertilidade, portanto uma aplicação estrita de técnicas de procriação limitadas à função terapêutica da medicina. Hoje as técnicas de PMA (sem parceiro masculino) podem ser utilizadas também fora do con-

texto do tratamento médico de infertilidade de origem patológica, tendo passado a incluir um outro fim, já social, o que implica a institucionalização e a promoção pública da monoparentalidade e da bimaternidade. O quadro normativo desta realidade e as suas implicações não foram tidos em conta (porque tal realidade não existia) no Acórdão n.º 101/2009, o que significa que a fundamentação deste aresto não pode ser transposta, sem mais, para o presente regime. Existiu, portanto, um déficit de ponderação desta questão pelo Tribunal Constitucional no presente acórdão.

Maria de Fátima Mata-Mouros

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Estou vencido quanto ao juízo de não inconstitucionalidade, compreendido na alínea *f*) da decisão, incidente sobre o segmento do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (referida adiante pela sigla «LPMA»), que impõe a *gratuidade* como condição da licitude e da validade dos negócios de gestação de substituição. Estou, conseqüentemente, vencido quanto ao juízo de não inconstitucionalidade que recai sobre o n.º 5 do artigo 8.º do mesmo diploma, preceito que *proíbe* a remuneração dos serviços prestados pela gestante. E, em consequência de tudo isto, considero que o Tribunal deveria ter declarado a inconstitucionalidade da incriminação da celebração de negócios onerosos de gestação de substituição, e bem assim da sua promoção, consagrada nos n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 39.º.

Estou também vencido quanto ao juízo de inconstitucionalidade, expresso na alínea *b*) da decisão, incidente sobre a norma do n.º 8 do artigo 8.º da LPMA, conjugado com o n.º 5 do seu artigo 14.º, na parte em que não admite a livre *revogação* do consentimento da gestante de substituição até ao momento em que ocorra a entrega da criança aos beneficiários. Estou, conseqüentemente, vencido quanto ao juízo de inconstitucionalidade, expresso na alínea *c*) da decisão, incidente sobre a norma do n.º 7 do artigo 8.º do mesmo diploma, que determina, sem exceções, serem os beneficiários da gestação de substituição, desde que conforme à lei, tidos por pais da criança que a gestante vier a dar à luz.

Como se depreende do seu enunciado, a minha divergência com a decisão do Tribunal em matéria de gestação de substituição é substancial. São vastas e fundamentais, como procurarei explicar, as razões que me separam da posição que obtive vencimento. Mas essa circunstância não deve obscurecer o facto de que as inconstitucionalidades do regime vigente declaradas nas alíneas *a*) e *d*) da decisão — que eu subscrevo sem reservas, e sobre as quais há *unanimidade* entre os treze juízes que compõe o Tribunal Constitucional — são suficientes para prejudicar irremediavelmente a sua aplicação, o mesmo é dizer, em termos práticos, são suficientes para concluir pela impossibilidade futura de celebração de negócios de gestação de substituição *nos moldes previstos* no artigo 8.º da LPMA. Não é demais sublinhar o ponto prévio de que as fraturas que nos dividem, naturais numa matéria tão complexa, controversa e delicada como aquela a que a decisão diz respeito, não nos dividem quanto a essa conclusão essencial.

A) A Proibição da Gestação de Substituição Onerosa

2. Do confronto do «modelo português» de gestação de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana — o principal fundamento invocado

pelos requerentes para a inconstitucionalidade de todo o regime consagrado no artigo 8.º da LPMA —, e em particular a dignidade da gestante, o Tribunal retira três consequências importantes: a primeira, é a de que a gestação de substituição, apesar de não ser objeto de direitos fundamentais, tem «relevância constitucional positiva», atentos os *interesses* que através dela se realizam; a segunda, é a de que o reconhecimento legal da gestação de substituição, como meio de suprir a incapacidade natural da beneficiária gerar uma criança, corresponde a um *opção* livre do legislador — não imposta, mas tolerada, ou até mesmo estimada, pela ordem constitucional; a terceira, é a de que a gratuidade do negócio é uma *garantia* incontornável de liberdade da gestante e de respeito pela sua dignidade. Daqui resulta que o «modelo português» de gestação de substituição — cujos elementos essenciais são a proibição da substituição genética, a utilização necessária de gâmetas de um dos beneficiários, a natureza subsidiária da gestação sub-rogada e a imposição de gratuidade do negócio — é compatível com a proteção constitucional da dignidade da gestante.

Não subscrevo qualquer destas afirmações. Entendo, em primeiro lugar, que a gestação de substituição é objeto de *direitos fundamentais*: a liberdade de procriar e de constituir família dos beneficiários (artigo 36.º, n.º 1) e a liberdade geral de ação compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante (artigo 26.º, n.º 1). Em segundo lugar, considero que, não existindo quaisquer razões constitucionais legítimas para restringir esses direitos fundamentais através da proibição da gestação de substituição, a Constituição *impõe ao legislador* o reconhecimento da figura. Em terceiro lugar, recuso a ideia de que a gratuidade seja uma garantia de liberdade ou de dignidade da gestante; pelo contrário, penso que a sua imposição *restringe ilegítimamente* os direitos fundamentais que se exercem através da celebração e execução de negócios onerosos de gestação de substituição. Por tudo isto, entendo que um dos elementos essenciais do «modelo português» — a imposição de gratuidade — é constitucionalmente censurável. Claro está que a censura, segundo este raciocínio, não é dirigida ao reconhecimento legal dos negócios gratuitos, mas ao facto de a lei proibir (e até mesmo incriminar) a celebração de negócios onerosos. A lei fica — assim me parece — aquém das exigências constitucionais.

3. A minha divergência com a decisão começa pela *forma* como penso que nela é caracterizado o princípio da dignidade da pessoa humana: um princípio constitucional com natureza *normativa, objetiva, absoluta e autónoma*. Penso que os três primeiros predicados — normatividade, objetividade e incondicionalidade — são corretos; mas não julgo que o seja o último — a autonomia –, entendida esta, como creio ser o sentido pretendido, como a propriedade segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana pode operar como parâmetro *imediato* e único de um juízo de inconstitucionalidade.

Como se afirma na decisão, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma, com efeitos jurídicos próprios, e não uma proclamação preambular com valor meramente simbólico ou função retórica (neste sentido, já o Acórdão n.º 105/90); daí a sua natureza *normativa*. Por outro lado, é um princípio *objetivo*: o de que cada uma das pessoas humanas tem valor intrínseco e não instrumental, sendo a sua existência um fim em si mesmo e não um meio ao serviço de fins alheios; a dignidade surge, «não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjetivas» (Acórdão n.º 101/2009), mas como fundamento dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais estruturantes. Trata-se, ainda, de um princípio *absoluto*: a dignidade da pessoa — de cada

um dos indivíduos que integra a classe das pessoas humanas — não é um valor que possa ser pesado, ao lado de outros valores, na balança das ponderações; é o pressuposto, fundamento, métrica e limite axiológico de todas as ponderações. Daí ser uma norma *inviolável*, no sentido em que a sua violação é intolerável.

Em tudo isto eu acompanho a decisão. Onde já não a posso acompanhar é no entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma *autónoma*, diretamente aplicável como parâmetro único de validade da lei e dos demais atos do poder público. Nem me parece que tal entendimento encontre respaldo na jurisprudência constitucional, nomeadamente na afirmação, constante do Acórdão n.º 101/2009, de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode «ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos». Pelo contrário, estas palavras sugerem que o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicável *em conjunto* ou em articulação com outras normas constitucionais com maior densidade de conteúdo, em especial as que consagrem direitos fundamentais, seja na *concretização* de direitos expressamente consagrados, seja na *fundamentação* de direitos não escritos.

Na verdade, a aplicação do princípio, como o faz o Acórdão, como norma absoluta e autónoma, gera resultados absurdos em casos importantes. Há um amplo consenso no sentido de que *uma* das refrações do valor intrínseco da pessoa humana é a proibição da instrumentalização, expressa na «fórmula do objeto» de Günter Dürig, à qual a decisão atribui, na sequência de jurisprudência constitucional antiga e sucessivamente reiterada, um «importante valor heurístico». Nos seus termos, «a dignidade é atingida quando o ser humano em concreto é degradado a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível» — ou seja, nas palavras da decisão, «como simples meio para alcançar fins que lhe sejam totalmente estranhos». Porém, nem toda a *instrumentalização* da pessoa pelos poderes públicos viola a sua dignidade. Para dar um exemplo trivial, ao incriminar a omissão de auxílio, «em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa» (artigo 200.º, n.º 1, do Código Penal), a lei trata inequivocamente o destinatário, sem o seu consentimento, como um meio ao serviço dos interesses de outrem (interesses que lhe são, em princípio, «totalmente estranhos»). Ora, se proibição da instrumentalização for aplicada a este caso, como norma absoluta e autónoma, somos levados a concluir — o que é absurdo — que ocorre aqui uma violação, por definição intolerável, da dignidade da pessoa humana.

Para evitar aporias deste tipo — e podem dar-se vários exemplos —, a proibição da instrumentalização expressa através da «fórmula do objeto» tem de ser entendida, não como norma diretamente aplicável, mas como uma *restrição deontológica* no conteúdo do princípio da proporcionalidade. Note-se que a estrutura básica da proporcionalidade em sentido estrito é de tipo *consequencialista*: os bens são, por assim dizer, colocados nos pratos de uma balança, que determina o peso relativo do sacrifício e da vantagem; se o conflito for entre vidas humanas, por exemplo, o juízo de ponderação, entendido nestes termos, resume-se a uma operação contabilística — *v.g.*, sacrificar a vida de uma pessoa saudável para colher os órgãos vitais de que duas ou mais pessoas carecem para sobreviver é uma ação permitida, simplesmente porque uma vida humana, por valiosa que seja, pesa necessariamente menos do que duas ou mais vidas humanas. Este resultado é repugnante — manifestamente incom-

patível com a dignidade da pessoa cuja vida é sacrificada — e revela a necessidade de introduzir restrições à simples ponderação de consequências.

É precisamente esse o principal alcance jurídico da proibição de instrumentalização: o desvalor da restrição a um direito fundamental não se esgota na *gravidade* da lesão do bem correspondente — a variável consequencialista determinada na ponderação dos efeitos –, mas compreende ainda o *conteúdo* da medida restritiva — saber se o sacrifício do bem pessoal é essencial ou circunstancial. É a importância desta variável deontológica — o desvalor *intrínseco* da instrumentalização de bens pessoais, independente do desvalor das consequências — que explica a intuição comum de que há uma diferença moralmente relevante, seja qual for o juízo final a que se chegue, entre desviar o curso de um comboio para evitar a morte de cinco pessoas amarradas à linha inicial, sacrificando-se a vida de uma pessoa amarrada à linha para a qual o comboio foi desviado, e lançar uma pessoa sobre a linha para provocar o abrandamento e eventual paragem do mesmo comboio. Reduzida aos termos mais simples, a diferença é que no primeiro caso uma vida é sacrificada como *consequência* do salvamento das restantes vidas, ao passo que no segundo caso a vida sacrificada é o *instrumento* para salvar as restantes.

Nas situações em que o titular do direito restringido é tratado como um meio, a intensidade da restrição excede largamente a gravidade da lesão do bem, pelo que apenas pode ser tolerada quando esta seja relativamente negligenciável. É o caso da incriminação da omissão de auxílio, em que o sacrifício da liberdade geral de ação é tão ligeiro, quando sopesado com os interesses colocados pelo legislador no outro prato da balança, que nem a instrumentalização do destinatário do dever justifica a censura da solução legal. A dignidade do visado não é violada porque a restrição do seu direito fundamental não excede os limites da proporcionalidade, uma vez ponderadas *todas* as considerações deontológicas e consequencialistas relevantes. Apesar da dignidade da pessoa humana ser um valor absoluto, a proibição da instrumentalização é apenas uma das suas refrações normativas — ao lado, por exemplo, dos direitos fundamentais ou da ponderação de bens –, que tem de ser devidamente articulada com as demais. Em suma, o que o respeito absoluto pela dignidade da pessoa humana exige num determinado caso não é um *prius* suscetível de ser apreendido numa qualquer fórmula operativa, mas o *resultado* da ponderação das razões que relevam — *todas* as que relevam, mas também *apenas* as que relevam — desse princípio matricial.

4 Em todo o caso, a proibição da instrumentalização, expressa através da «fórmula do objeto», não dá qualquer indicação útil para resolver o problema central colocado pelo confronto da gestão de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana: saber se a dignidade de uma pessoa plenamente capaz *pode* justificar a restrição da sua liberdade. Trata-se de saber se a proibição *constitucional* da instrumentalização da pessoa se dirige também contra o próprio, em termos de se poder dizer que a autoridade pública de uma comunidade política baseada na dignidade da pessoa humana tem, não apenas o dever de se abster de instrumentalizar as pessoas e de protegê-las da instrumentalização por terceiros, mas também o dever de as proteger contra a instrumentalização *de si próprias*.

Para responder a tal questão, impunha-se tomar *uma* posição firme e coerente sobre a interpretação ou conceção *substancial* de um conceito constitucional *essencialmente* contestado, precisamente o de *dignidade* da pessoa humana. Não basta afirmar que nenhuma pessoa pode ser tratada como objeto, que a pessoa humana

possui valor intrínseco, que tem a capacidade de se autodeterminar ou que «não se pode excluir a relevância do consentimento livre e esclarecido [...] relativamente a atuações e situações que, sendo impostas e não consentidas, atentariam contra a dignidade do sujeito». Estas asserções são importantes e verdadeiras, mas situam-se num plano etéreo, abstraído da controvérsia sobre a relação entre dignidade pessoal e liberdade individual com a qual o Tribunal Constitucional foi, pela natureza própria da questão que lhe foi colocada, diretamente confrontado. A assunção explícita dessa tarefa, sem dúvida difícil e arriscada, é o preço justo de uma jurisprudência constitucional criteriosa e transparente, sujeita ao escrutínio de uma «sociedade aberta de intérpretes».

Abriam-se aqui dois caminhos principais e divergentes.

Uma interpretação possível do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana é *perfeccionista* ou *teleológica*. O perfeccionismo entende que a dignidade da pessoa está no valor dos seus projetos ou opções existenciais, no facto de estes desenvolverem as suas capacidades e promoverem a excelência, nas mais variadas formas, na sua vida. Os direitos fundamentais — e, em especial, os direitos de liberdade — têm por fundamento e limite um ideal mais ou menos aberto e plural de perfeição pessoal, pelo que o princípio da dignidade da pessoa humana autoriza (quando não obriga) o poder público, pelo menos *prima facie*, a restringir a liberdade individual sempre que o seu exercício ponha em causa a dignidade do agente.

Embora não o assuma explicitamente, julgo que esta conceção perfeccionista da dignidade da pessoa humana perpassa na decisão. Respondendo à objeção de que, na gestação de substituição, a dignidade da gestante se encontra «capturada pela liberdade», o Tribunal, salientando a gratuitidade do negócio, afirma que «[a] gestante de substituição atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade. [...] A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva-a igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação.» Apesar da abertura que revela — «a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais» — esta justificação parte da ideia de que o valor ou excelência ética da escolha da gestante, que sacrifica bens pessoais para corresponder ao desejo parental dos beneficiários, sem exigir nada em troca, é *razão decisiva* para supor que a dignidade da sua pessoa não é violada.

Não é que eu discordo que seja *tipicamente* assim nos casos de gestação de substituição gratuita. Sucede é que esta razão — o valor ético ou bem intrínseco da opção tomada pela gestante — é *irrelevante* para decidir se deve ou não ser respeitada a sua liberdade. E é irrelevante porque — parece-me — o Tribunal deveria ter seguido o caminho de uma conceção *liberal* ou *deontológica* da dignidade da pessoa humana, uma conceção nos termos da qual a dignidade, enquanto princípio *jurídico*, não pode ser invocada *contra* a liberdade do próprio, antes reclama que essa liberdade seja respeitada seja qual for o conteúdo ou a motivação do seu exercício.

Dois argumentos apoiam — a meu ver, decisivamente — esta conceção.

Em primeiro lugar, o argumento da *interioridade*. Se o valor intrínseco da pessoa humana está, e isso parece relativamente consensual (no contexto do debate constitucional), na sua capacidade singular de autodeterminação — de ser «legislador de si próprio» ou de se motivar por valores, seja qual for a origem e o sentido últimos das normas e dos valores –, a dignidade pessoal *pressupõe* a liberdade de ação. Não é

possível forçar uma pessoa a adorar o deus verdadeiro, a compreender os princípios da lógica e as leis da física, a praticar a justiça e a caridade ou a admirar a beleza de uma paisagem e o génio de uma obra de arte. Sendo certo que apenas as pessoas são capazes destas coisas, o exercício dessa capacidade é sempre e necessariamente um ato de liberdade. A restrição da liberdade, nas suas diversas formas, pode assegurar a *conformidade* da conduta com os valores relevantes, mas não pode — pela sua natureza de causa ou incentivo externo ao agente — assegurar a *adesão* a esses valores. É certo que a liberdade não é uma garantia de que a pessoa se respeita na condução da sua vida, que não se degrada ou coisifica a si própria; mas é uma condição *necessária* desse respeito. Na verdade, a restrição da liberdade individual com fundamento na dignidade pessoal do agente é uma contradição nos próprios termos, porque priva o sujeito da capacidade de se autodeterminar em que se baseia o reconhecimento da sua eminente dignidade. A ordem jurídica estadual é impotente para garantir *diretamente* a dignidade pessoal, pelo que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio *jurídico*, é um princípio de liberdade individual.

Em segundo lugar, o argumento do *pluralismo*. Respeitar a pessoa humana na sua capacidade de autodeterminação é respeitar, não apenas a sua liberdade de *ação*, mas as normas e os valores pessoais que orientam a sua conduta — respeitar a sua liberdade de *convicção*. Confrontada com o facto ineliminável do pluralismo razoável de convicções religiosas, filosóficas e morais, uma ordem constitucional baseada no princípio da dignidade da pessoa humana não pode deixar de vincular a autoridade pública que reclama a obediência espontânea das pessoas e o direito de se lhes impor pela força a deliberar e atuar segundo razões que todos devem, sem prejuízo das suas múltiplas e concorrentes lealdades mundividenciais, aceitar como boas. Ora, a generalidade dos ideais de excelência pessoal ou das convicções sobre a natureza humana que informam a interpretação perfeccionista da dignidade não integram esse património comum de «razão pública», pelo que não podem ser admitidas como justificações válidas para as leis, nomeadamente aquelas leis que restringem a liberdade geral de ação com fundamento no dever de proteção da dignidade do próprio agente.

5. A gestação de substituição é uma relação com três polos: beneficiários, gestante e criança.

No que diz respeito aos beneficiários, creio ser difícil argumentar que não se trata de um exercício da liberdade de procriar e, por essa via, da liberdade de constituir família, sobretudo tendo em conta que a lei portuguesa admite a figura apenas nos casos em que a beneficiária não tem condições naturais para gerar uma criança. É discutível se se pode falar ainda de procriação em relação ao beneficiário que não tenha contribuído com gâmetas, nos casos em que isso suceda; mas atentos os factos de, por um lado, a lei exigir que sejam usadas gâmetas de pelo menos um dos beneficiários e, por outro, que é pacífico o entendimento de que o direito a constituir família compreende a filiação não-biológica, a dúvida não tem a menor relevância prática. Por outro lado, não posso acompanhar a afirmação de que é impensável um «direito fundamental à procriação por via de gestação de substituição [...], devido à essencialidade da intervenção voluntária de uma mulher disposta a suportar a gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, [que] o Estado jamais estaria em condições de satisfazer.» O direito em causa não é, evidentemente, um direito a uma prestação estadual, muito menos um direito correlativo a uma obrigação estadual de resultado. Trata-se de uma *liberdade fundamental*, de que de-

corre, *prima facie*, a inconstitucionalidade da imposição de um dever legal de não tentar procriar através do recurso à gestação de substituição. É claro que a liberdade de procriar não encerra qualquer garantia de satisfação do desejo de ter uma criança, tal como a liberdade de criação artística não assegura a satisfação do desejo de publicar um romance ou a liberdade de expressão não assegura a satisfação do desejo de persuadir a audiência de um sermão. O mais que se pode dizer é que as soluções técnicas (PMA) e sociais (gestação de substituição) ampliaram o universo das possibilidades fácticas de que esse desejo venha a ser realizado, e só razões constitucionais ponderosas podem justificar a restrição do uso desses meios, sobretudo quando a beneficiária não tenha capacidade natural ou condições de saúde para engravidar ou suportar uma gravidez até ao fim.

Do ponto de vista da gestante, a celebração e execução de negócios de gestação de substituição corresponde ao exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em especial na vertente de liberdade geral de ação. Será que também é assim nos casos em que o negócio seja oneroso? A decisão do Tribunal atribui à imposição de gratuidade, para além de uma função de tutela direta da dignidade, justificada em termos essencialmente perfeccionistas, um papel de «garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia». Mas parece-me insólita a ideia, subjacente a este juízo, de que a gestante altruísta está geralmente sujeita a menor «pressão» do que a gestante motivada pelo interesse pecuniário. O domínio em que é previsível que venham a ocorrer a esmagadora maioria dos casos de gestação de substituição gratuita — a família — não é um espaço de dependência e de compulsão do indivíduo menos acentuado do que o domínio das relações estritamente patrimoniais, ainda que as suas lógicas de organização e de funcionamento sejam distintas; sendo ainda certo que a vida familiar tem um lastro de autonomia face aos poderes públicos — historicamente, por respeito pela autoridade patriarcal, mas nos dias que correm, em larga medida, por valiosas razões de reserva de intimidade — ostensivamente mais acentuado. Por outro lado, o facto de as motivações da gestante, no caso da gestação onerosa, não serem geralmente a sua «elevação moral», a seus olhos e dos beneficiários, mas a contraprestação devida pela disposição do seu corpo e a limitação da sua liberdade, não pode fundamentar qualquer restrição da sua liberdade no quadro de uma interpretação liberal do princípio da dignidade da pessoa humana. De resto, os supostos argumentos a favor a proibição da onerosidade parecem-me tão abstratos e excessivos que obrigariam à condenação do trabalho assalariado («a exploração do homem pelo homem»), quando não de todo e qualquer contrato comutativo. Nada disto serve para negar que, num domínio delicado como este, se justificam medidas cautelares que assegurem a liberdade efetiva da gestante. No atual regime, essa função é desempenhada, ao lado dos poderes de controlo e acompanhamento do CNPMA, pelo n.º 6 do artigo 8.º da LPMA, que proíbe a celebração de negócios quando entre as partes exista uma relação de subordinação económica — norma cuja conformidade constitucional não me suscita dúvidas; e é natural que, se viessem a admitir-se negócios onerosos, e se em torno dessa permissão se desenvolvesse um mercado, a lei fosse chamada a intensificar a regulação neste domínio.

Quanto à posição da criança, acompanho todos os argumentos da decisão. A criança não é mais «coisificada» ou «instrumentalizada» na gestação de substituição do que o é na procriação através de relações sexuais, sempre que esta seja deliberada; e se há uma inevitável instrumentalização da procriação em função do desejo dos pais de terem uma criança, com ela se não confunde a instrumentalização da *própria*

pessoa que virá a ser gerada, cuja dignidade e direitos são assegurados nos mesmos termos em que o são os de qualquer pessoa humana. Na verdade, a invocação da dignidade e do interesse da criança contra a gestação de substituição é, como a decisão também assinala, perfeitamente absurda. Num regime como o nosso, de acesso restrito a situações de incapacidade natural ou falta de condições de saúde para suportar uma gravidez até ao fim, a pessoa nascida através de gestação de substituição não poderia em caso algum existir se tal modo de procriação fosse proibido. Com efeito, se a pessoa viesse a afirmar um dia que a sua dignidade foi ofendida ou que o seu interesse como criança foi lesado pelo facto de ter sido gerada da única forma em que a sua existência era possível, incorreria de imediato numa *contradição performativa*.

6 Pelas razões expostas, creio que o reconhecimento legal da gestação de substituição não só é constitucionalmente admissível, como é uma *imposição constitucional* ao legislador decorrente dos direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade. Creio ainda que a proibição de negócios onerosos, um dos elementos essenciais do «modelo português» consagrado no artigo 8.º da LPMA, é inconstitucional, por violar *esses mesmos direitos*.

Não posso, porém, deixar de dizer uma palavra de defesa da minha posição contra uma objeção tão óbvia quanto pertinente: a de que a decisão de proibir a gestação de substituição onerosa se situa no âmbito da liberdade de conformação política do legislador.

A liberdade de conformação política do legislador funda-se no princípio democrático da sua autoridade. Quando um regime legal resulta da ponderação de múltiplas razões em diversos sentidos, em que avultam direitos e interesses com dignidade constitucional, e mais ainda quando esses regimes se baseiam em juízos de prognose empírica complexos, o respeito pelo princípio democrático obriga a jurisdição constitucional a uma larga deferência em relação ao legislador. O controlo judicial, nesses casos, é um controlo essencialmente «negativo» ou de «evidência», exceto quando estão em causa «classificações suspeitas» que denigrem a autoridade democrática da lei, justificando-se então um escrutínio judicial robustecido.

Sucedem que o princípio democrático — como todos os princípios estruturantes da ordem constitucional — também se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana. Numa comunidade política entre pessoas livres e iguais, com convicções diversas sobre a justiça e o bem comum, impõe-se o princípio de que a autoridade política, investida do poder de vincular a coletividade, deve ter uma base *essencialmente* democrática. As pessoas que integram o conjunto dos destinatários regulares das leis e dos atos da sua aplicação e execução — os cidadãos — devem concorrer, em condições de igualdade, para a formação da vontade política naquelas vertidas. É essa exigência de igualdade política, de que a convicção de cada cidadão tenha exatamente o mesmo peso do que a de qualquer outro cidadão na formação de uma vontade *comum*, que impõe o sufrágio universal e a regra da maioria.

Porém, a vontade comum, apurada segundo a regra da *maioria*, só é legítima, segundo o princípio de dignidade da pessoa humana em que se funda, se permanecer confinada ao domínio em que é indispensável a tomada de decisões comuns, porque a conduta dos destinatários não lhes diz exclusivamente respeito. No domínio em que as decisões respeitam apenas ao indivíduo, ou aos indivíduos que nelas consentem e participam, o mesmo princípio matricial de respeito pela pessoa impõe a prevalência da liberdade individual sobre a vontade da maioria. Uma das tarefas cometidas a uma jurisdição constitucional é, assim, a de garantir o respeito do legis-

lador democrático por essa esfera de autogoverno individual. Ora, esse é o domínio em que a gestação de substituição onerosa se situa, dada a ausência de qualquer evidência empírica ou racional de que as decisões dos interessados se repercutem de forma significativa na esfera de terceiros em relação ao negócio. Não consigo discernir qualquer argumento de «razão pública» para restringir as liberdades fundamentais que aqui estão em causa, nem sequer para que o legislador opte por um reconhecimento legal por etapas, guiado por um imperativo de prudência.

É evidente que tudo isto se baseia na interpretação liberal ou deontológica do princípio da dignidade da pessoa humana, e numa série de valorações e deduções controversas. Mas isso é inevitável. A ordem constitucional em que se situam o legislador democrático e o juiz constitucional não se interpreta a si própria, nem se revela no espírito dos seus protagonistas. Tem de ser interpretada por eles, com os riscos e as dúvidas inerentes; e o intérprete final, mais ou menos deferente em relação ao legislador, *pressuposta* nessa deferência uma certa interpretação do princípio democrático, é necessariamente o Tribunal Constitucional. Os únicos contrapesos legítimos dessa autoridade de instância última, num Estado de Direito, são os deveres de integridade e de fundamentação das decisões, e a subsequente vigilância crítica praticada no espaço público.

B) A Revogação do Consentimento da Gestante

7. O Tribunal entende ser inconstitucional a impossibilidade de a gestante revogar o consentimento após o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida — solução consagrada no n.º 8 do artigo 8.º da LPMA, através da remissão para o artigo 14.º. Segundo a decisão, esta limitação do poder de revogação implica que a gestante não se pode exonerar das principais obrigações a que se vincula perante os beneficiários — a de suportar a gestação até ao fim e a de lhes entregar a criança após o parto —, nos casos em que se venha a «arrepender» da decisão inicial de dispor da sua integridade física, da sua liberdade geral de ação e do seu direito a constituir família.

No caso de o arrependimento incidir sobre o compromisso de gerar a criança, supõe o Tribunal que a impossibilidade de revogação do consentimento condiciona o recurso à interrupção voluntária da gravidez, nos termos legalmente previstos, ficando a gestante na contingência de ter de suportar uma gravidez e um parto por si indesejados. Tal importa, conclui-se, uma violação excessiva do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No caso de o arrependimento incidir sobre o compromisso de entregar a criança, a impossibilidade de revogação implica que a gestante não pode voltar atrás na decisão de renunciar aos poderes e deveres da maternidade sobre a criança que deu à luz, mesmo que, entretanto, tenha desenvolvido em relação a ela um «projeto parental» próprio. Tal importa, conclui-se, uma violação excessiva dos seus direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade. Neste último caso, entende-se ainda que o concurso de «projetos parentais» dos beneficiários e da gestante deve ser resolvido, não de acordo com um critério legal como o do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA — nos termos do qual os beneficiários são *sempre* tidos como pais da criança —, mas de acordo com uma «avaliação casuística», presumivelmente de natureza judicial, orientada pelo critério do «superior interesse da criança».

8. No essencial, subscrevo a *premissa maior* do juízo de inconstitucionalidade.

«[A] gestação — afirma-se na decisão — é um processo complexo, dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio. Daí poder questionar-se até que ponto é que um consentimento prestado *ainda antes da gravidez* (...) é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo. [...] [T]endo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade.»

Parece-me, com efeito, que a mesma liberdade com fundamento na qual a gestante deve poder celebrar negócios de gestação de substituição impõe que não fique amarrada a uma gravidez que se lhe tornou insuportável. A lei tem de consagrar o «direito ao arrependimento» da gestante. A minha divergência diz sobretudo respeito às *premissas menores* do juízo de inconstitucionalidade, relativas à interpretação do regime legal, quer em matéria de interrupção voluntária da gravidez, quer em matéria do estabelecimento da maternidade.

Por um lado, não creio que a impossibilidade formal de revogação do consentimento, enquanto tal, condicione o recurso à interrupção voluntária da gravidez, nos termos legalmente previstos. De facto, segundo o disposto no n.º 10 do artigo 8.º da LPMA, do contrato entre as partes «devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de (...) eventual interrupção voluntária da gravidez.» Este preceito não remete para o contrato as disposições a observar *em matéria* de interrupção voluntária da gravidez, mas na *eventualidade* de ela vir a ocorrer, nas situações em que a lei a admite. Do que se trata não é de determinar se, ou em que condições, a gestante pode pôr fim à gravidez — matéria regulada no artigo 142.º do Código Penal –, mas das consequências desse facto na relação jurídica constituída pelo negócio de gestação de substituição. A gestante pode, assim, revogar *tacitamente* o consentimento dado.

É claro que, como se assinala na decisão, a determinação contratual das consequências pode condicionar *indiretamente* a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez — *v.g.*, através de cláusulas penais ou da remissão para as regras gerais em matéria de não cumprimento das obrigações –, em termos que podem chegar ao ponto de restringir intoleravelmente a liberdade da gestante. Sucede que tal importa a inconstitucionalidade, não da solução consagrada no n.º 8 do artigo 8.º da LPMA, mas apenas da norma que consta do segmento do n.º 10 que diz diretamente respeito à matéria aqui em causa.

Por outro lado, não creio que, pese embora o teor do n.º 1 do artigo 8.º da LPMA, a gestante renuncie, no momento da celebração do negócio, a um qualquer direito, que supostamente lhe caberia nos termos gerais (artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil), de ser mãe da criança que vier a nascer. A maternidade não é disponível, como se tal disponibilidade manifestasse a «liberdade negativa de constituir família»; no caso de procriação através de relações sexuais, não se admite que a mulher que dá à luz possa recusar a condição de mãe. Muito menos se concebe a renúncia antecipada à maternidade. O que o n.º 7 do artigo 8.º da LPMA estabelece é um *critério jurídico de parentalidade* para o caso particular da gestação de substituição lícita, que se baseia na ponderação legislativa da especial força da pretensão dos beneficiários a serem tidos como pais da criança. Num regime em que a gestante não pode ser progenitora da criança e em que pelo menos um dos beneficiários tem de o ser, a que

se soma o facto necessário de a beneficiária não ter capacidade natural ou condições de saúde para suportar uma gravidez até ao fim, não é de admirar que o legislador tenha entendido que, mesmo nos casos em que a gestante venha a revelar, no decurso da gestação e até ao momento da entrega, a vontade de ser reconhecida como mãe da criança, deve ser dada prevalência ao projeto parental que os beneficiários protagonizam. No mínimo, há que reconhecer que se trata de uma ponderação razoável dos interesses em jogo, que deveria merecer a deferência do Tribunal Constitucional.

9. Finalmente, não consigo vislumbrar a coerência e o mérito da invocação do superior interesse da criança como critério de maternidade nas situações de «concurso de projetos parentais».

A falta de coerência está no facto de a propugnada «avaliação casuística» frustrar, no fim de contas, a tutela do «direito ao arrependimento» da gestante — e, por via dela, dos seus direitos fundamentais a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade. Para quem entenda que a gestante dispõe, no momento da celebração do negócio, do seu direito de vir a ser reconhecida como mãe da criança, não vejo que faça sentido defender que o efeito da revogação do consentimento não deva ser a atribuição da maternidade à gestante, mas a resolução judicial do conflito de pretensões. Das duas, uma: ou a maternidade da gestante é o ponto de partida modificado pelo negócio de gestação de substituição — caso em que a revogação do consentimento deveria restabelecer automaticamente esse ponto de partida; ou é um critério jurídico de maternidade possível no contexto particular da gestação de substituição — caso em que o problema não é de revogação do consentimento, mas de ponderação legal de critérios alternativos.

A falta de mérito, no meu juízo, está na suposição de que abrir um conflito judicial entre protagonistas de projetos parentais concorrentes serve o superior interesse da criança. Para além de me parecer insólita a ideia de que a maternidade deve ser estabelecida segundo uma «avaliação casuística», em vez de resultar da aplicação de critérios legais, pergunto-me qual será o critério jurídico da paternidade nos casos em que o tribunal ajuizar ser do superior interesse da criança decretar a maternidade da gestante. O marido da gestante, quando ela seja casada? O beneficiário, quando seja o progenitor? O beneficiário, mesmo que não seja o progenitor? Um terceiro que se apresente com um «projeto parental» interessante? Parece-me que a complexidade e a indeterminação do estabelecimento da filiação, no contexto de uma «avaliação casuística», constitui uma lesão maior do interesse de qualquer criança nascida através de gestação de substituição lícita do que o critério — objetivo, seguro e razoável — do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA.

Em boa verdade, não consigo pensar numa solução mais prejudicial do que essa.

Gonçalo de Almeida Ribeiro

DECLARAÇÃO DE VOTO

A) Normas do artigo 8.º («Gestação de substituição») da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto)

1. Vencida, parcialmente, quanto ao juízo de inconstitucionalidade relativo às normas do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (na redação introduzida

pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto) constante das alíneas a) a d) da Decisão, quer quanto às normas abrangidas pelo juízo de inconstitucionalidade e, bem assim, pelo juízo de inconstitucionalidade consequente (cfr. III. Decisão, respetivamente alíneas a), b) e d) e alínea c)), quer quanto à respetiva fundamentação, por se entender que tal juízo deveria abranger todas as normas do artigo 8.º por violação, antes do mais, do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

Por esta razão, não se acolhe desde logo a fundamentação e as conclusões alcançadas no ponto B.4. do Acórdão (*O modelo português de gestação de substituição à luz da dignidade da pessoa humana*, n.ºs 21. a 33.) — em sentido negativo — quanto ao problema da compatibilidade de princípio da gestação de substituição com o valor da dignidade da pessoa humana, em especial no que respeita à questão da dignidade da criança nascida na sequência do recurso à gestação de substituição (II. Fundamentação, B.4.2., n.ºs 31.-33.).

E, pela mesma razão, não se acolhe a fundamentação e as conclusões alcançadas no ponto B.5. do Acórdão (*Outras questões de inconstitucionalidade suscitadas pelo modelo português de gestação de substituição*, n.ºs 34.-37.) por se afigurar desnecessária na ótica do entendimento que se perfilha — e que equaciona a questão da inconstitucionalidade a montante de tais *outras questões*.

Não obstante, superada, na ótica da maioria, a questão (prévia) da inconstitucionalidade de princípio do modelo português de gestação de substituição (cfr. II, B.5., 34. e B.6., 38.) — assim entendendo que a permissão a título excecional da gestação de substituição, nos termos do artigo 8.º da LPMA, corresponde a uma opção do legislador (assim, quanto à gestante, B.4.1, n.º 27, *in fine*, ou B.5, n.º 35, *in fine*, a propósito do dever de proteção da infância) —, bem como as *outras questões* de constitucionalidade suscitadas pelo modelo português de gestação de substituição (cfr. II, B.5., 34.-35. e 36.-37.) e, em consequência, centrando de seguida o Acórdão a análise nas *Questões de constitucionalidade suscitadas por certos aspetos do regime da gestação de substituição lícita* (cfr. B.6., n.ºs 38. a 53.), o entendimento acima referido (explicitado *infra* em 2.) que, por se alicerçar no princípio da dignidade da pessoa humana, se situa *a montante* de tais questões reportadas a certos aspetos do regime, não preclude, por maioria de razão, o acolhimento dos demais parâmetros constitucionais em que se fundou o juízo de inconstitucionalidade das normas declaradas inconstitucionais nas referidas alíneas a) a d) do Acórdão e o essencial da respetiva fundamentação, na medida em que aqueles acrescem ao parâmetro que se tem por cimeiro — deste modo se integrando a maioria de decisão no sentido da declaração de inconstitucionalidade, incluindo inconstitucionalidade consequencial, daquelas específicas normas do artigo 8.º que consagram certos aspetos do regime da gestação de substituição (normas dos n.º 4, 10 e 11 e, consequentemente, n.ºs 2 e 3; norma do n.º 8, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º; norma do n.º 7 (inconstitucionalidade consequente)).

2. Assim identificada a razão e a medida em que se integra a maioria de decisão do Acórdão quanto às normas declaradas (direta ou consequentemente) inconstitucionais constantes das alíneas a) a d) da Decisão — e correlativamente não se integra a maioria quanto às normas não julgadas inconstitucionais nos termos da alínea f) da Decisão —, cumpre de seguida explicitar o entendimento em que se alicerça o juízo de inconstitucionalidade relativamente às normas (todas as normas)

do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

21 Na sequência da alteração de paradigma no tocante à procriação medicamente assistida (doravante PMA) resultante das alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida, doravante LPMA), pelo artigo 2.º da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho) — por força do aditamento de um n.º 3 ao artigo 4.º e de um novo inciso ao n.º 1 do artigo 6.º—, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, veio alterar a LPMA (permitindo e) regulando — a título excecional e em determinadas condições —, «o acesso à gestação de substituição» (cfr. artigo 1.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto), entendida, segundo a nova redação do n.º 1 do artigo 8.º, 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». A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, introduziu assim (por via do seu artigo 2.º) um conjunto de alterações a diversos artigos da LPMA, incluindo as alterações ao seu artigo 8.º, cuja epígrafe foi então modificada para «Gestação de substituição» — as quais são objeto de análise preliminar no ponto *B.1* do Acórdão (cfr. n.ºs 7-8). Ora, do referido regime jurídico relativo «às situações» de «gestação de substituição» (cfr. artigo 8.º, n.º 1), resultante da Lei n.º 25/2016, de 16 de agosto — às quais se aplica também a LPMA por força do disposto no artigo 2.º, n.º 2, da mesma Lei (na redação dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto) — e, bem assim, do «*modelo* ou *conceito de gestação de substituição*» que o legislador quis admitir — cujos traços são sumariados também no ponto *B.2* do Acórdão (cfr. n.º 9) —, resulta que «qualquer situação» de «gestação de substituição», tal como entendida pelo legislador (cfr. n.º 1 do artigo 8.º), envolve necessariamente (além dos demais, incluindo, sendo caso disso, o dador) três ordens de sujeitos envolvidos ou intervenientes, numa relação também necessariamente, em parte (até à entrega da criança após o parto), *triangular* que convoca interesses em parte convergentes, mas porventura divergentes: i) a mulher que se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade (a *gestante de substituição*); ii) aquele(s) por conta do(s) quais é suportada pela gestante de substituição uma gravidez por conta de outrem (os *beneficiários*); e, ainda, iii) a criança que é dada à luz pelo parto da gestante (a *criança*).

Além disso, se «qualquer situação» de «gestação de substituição», não dispensará, nos termos do regime legal aprovado, a utilização de uma técnica de procriação medicamente assistida — desde logo por força da imposição legal nesse sentido (e de recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários) e também no sentido de não poder a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto processo em que é participante (cfr. n.º 3 do artigo 8.º da LPMA) —, a gestação de substituição afigura-se claramente distinta das técnicas de PMA em si mesmas consideradas. Isto, à partida, e além do mais, porque no caso da ‘situação’ de ‘gestação de substituição’, a finalidade última de tais técnicas, apesar de em si mesmas idênticas às utilizadas fora daquela ‘situação’ — procriar e, deste modo, gerar uma nova vida humana —, transcende (diversamente do que sucede nos casos de PMA fora do âmbito da ‘situação’ de ‘gestação de substituição’) a esfera daquela (gestante) que às mesma se submete, por força do (f)ato da entrega da criança após o parto (elemento da noção legal de gestação de substituição) — e da

correlativa ‘renúncia’ aos poderes e deveres próprios da maternidade (cfr. artigo 8.º, n.º 1, da LPMA) —, assim se concretizando, a final, segundo a lei, a realização de um projeto parental de outrem, ou seja, dos beneficiários. Deste modo, se a utilização de uma técnica de PMA é, segundo o ‘modelo’ instituído pelo legislador, uma condição *sine qua non* de ‘qualquer situação’ de gestação de substituição, tal ‘situação’ distingue-se das situações de PMA fora do quadro da ‘situação’ de gestação de substituição, já que a mulher que se submete às técnicas de PMA na ‘situação’ de gestação de substituição não resulta ser a final, à luz do regime legal instituído, mãe da criança que venha a nascer, nem esta resulta ser filha daquela, mas sim dos beneficiários da ‘situação’ de gestação de substituição — por força do traço nuclear do regime instituído segundo o qual o vínculo jurídico da filiação resulta expressamente da lei que dispõe nesse sentido (cfr. n.º 7 do artigo 8.º da LPMA).

22 Ora, é no confronto das normas do artigo 8.º da LPMA com a Constituição, desde logo da norma daquele diploma legal que prevê a noção de gestação de substituição, de que resulta a referida relação ‘triangular’ e a ‘renúncia’, enquanto elemento da noção de gestação de substituição, em conjugação com a norma que prevê o estabelecimento por lei do (novo) vínculo de filiação (maternidade e paternidade) em relação aos beneficiários da ‘situação’ de gestação de substituição (cfr. n.ºs 1 e 7 do artigo 8.º da LPMA), que se entende dever ser convocado o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão de limite, e do qual se entende resultar um juízo de desconformidade constitucional das normas do artigo 8.º da LPMA que consagram a noção e os diversos traços do regime da ‘situação’ de gestação de substituição que a concretizam, incluindo os relativos à celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição e às condições de validade e de licitude dos mesmos.

E, no referido confronto, entende-se não se poder deixar de levar especialmente em consideração, à partida, a terceira referida ordem de sujeitos envolvidos e respetivos interesses — os da (após o parto) *criança* — uma vez que, sendo esta o elemento mais frágil à partida, das normas que integram o regime legal sindicado resulta um conjunto de incertezas (naquele quadro porventura insuperáveis) quanto ao seu estatuto jurídico que, à luz de uma lógica de precaução ou cautelar, se entende serem incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, pelas razões que de seguida, no essencial, se enunciam.

3. São dois os aspetos centrais da norma que prevê a noção de gestação de substituição (n.º 1 do artigo 8.º da LPMA) — e concretizados, além dos demais (e das condições, positivas ou negativas, das quais depende a licitude, bem como a validade e a eficácia do respetivo contrato), no regime constante nos vários números do artigo 8.º, em especial no n.º 2, no n.º 3 e no n.º 7 —, em que se sustentam as dúvidas sobre a sua (des)conformidade constitucional, em concreto com o princípio da dignidade da pessoa humana reportado em primeiro lugar à *criança*, mesmo a montante do dever do Estado, uma vez nascida aquela, de proteção da infância e da relevância do superior interesse da criança (que o Acórdão, aliás, bem acolhe no quadro da análise do conflito de projetos parentais no âmbito da questão do consentimento da gestante ao longo de todo o processo (cfr. n.º 47) e, ainda, no quadro da análise das questões relativas ao regime da nulidade do contrato de gestação de substituição gratuito (cfr. n.ºs 48-49)): a ‘*entrega da criança após o parto*’, pela gestante de substituição, aos beneficiários, enquanto «última obrigação essencial do contrato» (a que alude o n.º 47 do Acórdão); e a correspondente ‘renúncia’ (na expressão legal),

em relação àquela, aos poderes e deveres próprios da maternidade pela gestante de substituição que dá à luz a criança e correlativo estabelecimento do vínculo da filiação diretamente pela lei (assim afastando a regra legal do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil segundo a qual a filiação relativamente à mãe resulta, nos termos gerais, do facto do nascimento), ‘renúncia’ essa que se projeta, necessariamente, sobre a esfera jurídica da criança.

E aquele entendimento, a partir das acima referidas normas do artigo 8.º, no sentido da sua desconformidade constitucional não pode deixar de se projetar, necessariamente, sobre as demais normas do artigo 8.º, conduzindo igualmente ao mesmo juízo (e, a título consequencial, sobre as demais da LPMA que se referem à gestação de substituição).

3.1 A noção de ‘gestação de substituição’ enquanto ‘situação’ regulada pelo direito (n.º 1 do artigo 8.º da LPMA) não vive sem o regime jurídico que permite a sua concretização em moldes lícitos (tendo em conta, em particular, as normas de punição respeitantes a condutas com vista à sua concretização fora dos casos previstos nos números 2 a 6 do artigo 8.º da LPMA, previstas nos números 3 a 5 do artigo 39.º da mesma Lei) e válidos (tendo em conta a cominação de nulidade para quaisquer negócios de gestação de substituição que desrespeitem o disposto nos números 1 a 11 do artigo 8.º).

E, dessa noção — bem como da necessária ‘celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição’ (ainda que nos casos excecionais e limitados moldes previstos no artigo 8.º) —, resulta que a ‘situação’ de gestação de substituição é orientada e direcionada para o fim ou fins últimos de criação e gestação de vida humana e de nascimento de uma criança, que constitui o objeto da referida obrigação (por força da noção e do contrato que formaliza a ‘situação’ da gestação de substituição) de *entrega*, pela gestante de substituição, àqueles por conta de quem a gravidez de substituição foi suportada — os beneficiários.

Ora, a mera possibilidade — constante da previsão legal da noção de ‘situação’ de gestação de substituição — de ‘entrega’ de um novo ser humano, enquanto obrigação cimeira decorrente de um contrato autorizado e celebrado a montante do uso de técnicas de PMA e do parto, não deixa de convocar a dignidade da pessoa humana, em linha com a “fórmula do objeto” a que se alude no n.º 22 do Acórdão (ínsita, em especial, na fundamentação do Acórdão n.º 144/2004, II, terceiro parágrafo, parte final), e para além da ‘fronteira’ aí assinalada da concreta degradação do ser humano, isto em conjugação com uma lógica de precaução, justificada por se tratar de um domínio ou, segundo a terminologia legal, uma ‘situação’, além de extremamente complexa e sensível, cujos (novos) contornos suscitam questões que ultrapassam largamente a situação de uso de técnicas de PMA fora do quadro da gestação de substituição, em que as decisões relativas ao novo ser humano se situam na esfera ‘interna’ da (mulher) beneficiária direta de tais técnicas ou da esfera mais alargada do casal de sexo diferente ou de mulheres, casados(as) ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, beneficiários de tais técnicas (cfr. artigo 6.º da LPMA) — tendo presente que no âmbito da previsão da PMA a própria Constituição, no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), não deixou de impor a regulação de tais técnicas «em termos que *salvaguardem* a dignidade da pessoa humana» (admitindo, a propósito da questão do esvaziamento do alcance do limite da segunda parte da alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º, uma «ideia de prevenção ou de precaução», Jorge Miranda/Rui Medeiros,

Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Anotação ao Artigo 67.º, XII, *in fine*, p. 1368).

É de notar, aliás, que dos trabalhos da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (IV Revisão), resultam a proposta e o alcance da parte final daquela alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição: por um lado, e quanto à proposta de aditamento (apresentada então pelo Partido Social Democrata), sendo o intuito da mesma introduzir matérias não tratadas no texto constitucional que, por força da evolução tecnológica, colocam, no *plano dos direitos humanos*, novos problemas, e tendo subjacente a preocupação de apresentar uma formulação genérica que previna a sua desatualização face à dinâmica e evolução das matéria em causa (vide DAR, II SÉRIE-RC, N.º 29, de 27/9/1996, p. 28, sublinhado acrescentado), é mencionado que a referência à *salvaguarda* da dignidade humana constitui «um pressuposto, uma condição limite» (*idem*, p. 28); por outro lado, no quadro da discussão da proposta e votação, ressalta que a referência da parte final da alínea e) à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, na formulação aprovada, é uma decorrência «das normas constitucionais que tornam imperiosa a tutela da dignidade humana» (vide DAR, II SÉRIE-RC, N.º 89, de 14/5/1997, p. 65).

E a referida dignidade da pessoa humana (e o respeito por esta) não pode deixar de ser convocada mesmo que a gestação de substituição ainda pudesse corresponder, como se afirma no Acórdão segundo a maioria que fez vencimento, a um projeto de constituição de família com recurso a técnicas de PMA (inviável sem a gestante de substituição e a título excecional face a razões médicas ponderosas na perspetiva da beneficiária causadoras de sofrimento), nessa estrita medida, tivesse, uma ‘relevância constitucional positiva’ (cfr. n.º 35) — e, nessa perspetiva, a projetada criança constituísse um fim em si mesmo, e não um mero instrumento de viabilização de tal projeto (o que a degradaria, em concreto, enquanto ser humano).

Acresce que, tendo em conta a fulcral dissociação, subjacente à ‘situação’ de gestação de substituição, entre parentalidade social e genética (ou parcialmente genética se, como permite o regime legal, houver recurso a um dador) dos beneficiários, e biológica, reportada à gestante — consumada pelo estabelecimento legal do vínculo de filiação em relação aos beneficiários (cfr. n.º 7 do artigo 8.º da LPMA) —, qualquer dúvida ou desacordo sobre a ‘entrega’ ou a correlativa ‘renúncia’ tem a virtualidade de se poder projetar sobre o estatuto jurídico da criança pois, apesar do estabelecimento por lei do referido vínculo de filiação, aqueles podem precluir, ao menos temporariamente, o pretendido projeto de parentalidade assente naquela filiação legal.

Depois, qualquer incerteza quanto ao estabelecimento do vínculo de filiação pode ter igualmente a virtualidade de se poder projetar sobre o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um Estado relativamente ao qual, no ordenamento jurídico português o legislador ordinário adota o termo *nacionalidade* e o legislador constitucional o termo *cidadania* (cfr. artigo 4.º da Constituição). Ora, para além das diferenças que se possam apontar entre os dois conceitos (cfr. Acórdão n.º 106/2016, II, A), 14.), aquela incerteza pode desde logo refletir-se sobre o vínculo da nacionalidade, na vertente de aquisição de nacionalidade originária (cfr. artigo 1.º, n.ºs 1, alíneas a) e), e f), e 2, da Lei da Nacionalidade — Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, alterada em último lugar pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho, que a republicou), já que a aquisição da nacionalidade originária em relação aos nascidos em território português depende também da nacionalidade da mãe, ou do pai (assim conjugando os critérios de *jus soli* e *jus sanguinis*). Aquelas fontes de incerteza

podem resultar adensadas por força da opção de omissão, no regime legal constante do artigo 8.º da LPMA, de qualquer delimitação do seu âmbito subjetivo de aplicação em razão da residência e/ou nacionalidade, quer no que respeita aos beneficiários, quer no que respeita à gestante de substituição, assumindo-se que a ‘situação’ de gestação de substituição que se integra na previsão das normas daquele artigo ocorra em Portugal e o projetado nascimento ocorra no território português. Neste âmbito, não se pode deixar de sublinhar, pese embora a referida omissão da LPMA no que toca à ‘situação’ de gestação de substituição (bem como do Decreto Regulamentar n.º 6/2017) — e mesmo tendo presente a Decisão constante das alínea a) do Acórdão e o que se afirma no seu n.º 53 no sentido de ficar prejudicada necessariamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa *até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado* —, que o considerando a) do contrato-tipo de gestação de substituição adotado pela CNPMA expressamente se refere ao recurso às técnicas de PMA, por beneficiários «independentemente da sua nacionalidade e do local onde está instalada a sua residência habitual desde que escolham um domicílio comercial em Portugal que, nesse caso, constará expressamente do texto do contrato» e a sua Cláusula 15.^a se refere a uma «Obrigação de realização em Portugal dos atos de execução do contrato de gestação de substituição» cujo cumprimento constitui «condição obrigatória» da validade e eficácia da futura aprovação do contrato pela CNPMA (cfr. n.º 1), da autorização de celebração do contrato emitida pela CNPMA e do próprio contrato (cfr. n.º 2).

A tais eventuais dúvidas com projeção no estatuto jurídico da criança que podem colocar-se, no essencial, a jusante do nascimento, em relação a (f)atos cruciais que integram a própria noção legal de gestação de substituição (e, assim, às obrigações decorrentes da gestação de substituição, vertidas em contrato), outras podem colocar-se acrescidamente a montante do nascimento, no que respeita a diferentes momentos e dimensões da ‘situação’ de gestação de substituição, em especial durante a gravidez — cuja decisão, diversamente das situações anteriores de uso de técnicas de PMA, transcende (ou pode transcender) a estrita esfera interna da mulher que se submeteu a tais técnicas — seja no que respeita aos diferentes fundamentos legais da interrupção voluntária da gravidez, seja no que respeita a vicissitudes e riscos inerentes à gravidez e passíveis de afetar, para além da gestante, a (projetada) criança.

Duas ordens de dúvidas a montante do nascimento, resultantes do regime legal vigente constante da LPMA, conjugado com o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho (e, ainda com o contrato-tipo de gestação de substituição aprovado pelo Conselho nacional da PMA, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 3.º daquele Decreto Regulamentar), são ilustrativas do estatuto precário da (projetada) criança (e da sua própria existência intra-uterina, constitucionalmente protegida), concebida com recurso a técnicas de PMA com vista à (futura) ‘entrega’, pela gestante, aos beneficiários.

Em primeiro lugar — e também com relação com a questão da limitação, resultante da lei, da revogabilidade do consentimento da gestante (cfr. *B.6.1* do Acórdão) — a eventualidade de a gestante, ainda antes do parto, pretender exercer, afinal, um projeto parental próprio, assim precludindo (ou pretendendo precluir) a ‘entrega’ e a ‘renúncia’ previstas na lei. A tal eventual pretensão não é alheia, por um lado, a específica relação entre a gestante e o nascituro, em especial nos planos biológico e epigenético: se é certo que o modelo português de gestação de substi-

tuição sindicado pelos recorrentes afasta a hipótese de substituição genética, apenas permitindo a substituição meramente gestacional (cfr. n.º 3, parte final, do artigo 8.º da LPMA), não menos certo é que, como se admite na fundamentação (em especial *B.6.1*, n.º 47), a mulher grávida (gestante de substituição) altera a expressão genética de cada embrião e, inversamente, o embrião-feto altera a grávida (gestante de substituição) para sempre. E a tal eventual pretensão não é igualmente alheia (e porventura também por força daquela específica relação), a própria dimensão relacional da gestante, sendo caso disso, com a sua própria família — não sendo de afastar que o projeto parental afinal pretendido pela gestante possa também ser acolhido no seu seio familiar.

Ora, neste circunstancialismo, a norma do n.º 7 do artigo 8.º — que, admite-se, além do mais (por ser um traço essencial do regime), não visa senão prevenir, ou obviar, ao mesmo, assim contribuindo para a segurança jurídica — não garante, por si só a inexistência de controvérsia — e correspondente incerteza, também jurídica — que pode surgir durante a gravidez e antes do parto, de cuja resolução, no limite por via judicial, dependerá o estatuto jurídico do nascituro, à partida, quanto ao estabelecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências, sociais e patrimoniais, em especial quanto à determinação da própria família (ou, sendo esse o caso, famílias) no seio das quais se desenvolverá, após o nascimento, também a sua identidade pessoal.

Em segundo lugar, e relacionado ainda com (mas não necessariamente só) a eventual concorrência de projetos parentais — e implicando a noção de ‘situação’ de gestação de substituição, na sua aplicação aos casos concretos, a «celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição», através de «contrato escrito», de que a ‘entrega’ da criança (e correspondente ‘renúncia’ aos direitos e deveres próprios da maternidade) constitui uma ‘obrigação’ (final) essencial —, não é de excluir, incluindo por todas as razões acima mencionadas, divergências sobre a interpretação ou, sobretudo, sobre a *execução* do negócio jurídico (cfr. n.ºs 2, 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA). Ora, se tais divergências, por si só, constituem fonte de incerteza incompatível, pelo perigo objetivo que comportam quanto ao estatuto do nascituro e da (projetada) criança, não compatível com o respeito pela dignidade da pessoa humana — que, nesta perspetiva, não admitirá ponderação com outros valores ou dependerá na sua aplicação da mediação de concretos direitos fundamentais —, por maioria de razão, a forma de resolução de litígios resultantes de tais divergências não poderia deixar de ser aquela que maiores garantias confere à proteção dos valores cimeiros envolvidos — a vida humana e a dignidade da pessoa humana — e à prevenção de um estatuto precário da parte mais carecida de proteção (a criança). Neste aspeto — pese embora o disposto na alínea m) do artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017 — se manifesta pois, particularmente, a necessidade de proteção acrescida, a título cautelar, da dignidade da pessoa humana reportada à criança (ou, antes do parto, nascituro), até porque se está no perímetro dos direitos, liberdades e garantias — senão da criança, no que respeita ao direito ao desenvolvimento da personalidade e ao direito dos filhos a não serem separados dos pais (cfr. artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 5, da Constituição), pelo menos da gestante e dos beneficiários (como menciona o Acórdão em *B.6.3*, n.º 53). Note-se, aliás, e sem prejuízo do que atrás se disse quanto à preclusão, resultante do Acórdão, de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, o contrato-tipo adotado pela CNPMA consagra (apenas), em alternativa, dois modos de resolução dos conflitos em caso de divergência sobre a interpretação ou execução do mesmo, incluindo, pois, quanto à obri-

gação de ‘entrega’ e à ‘renúncia’ — convenção de mediação e, sendo caso disso, de arbitragem ou tão só convenção de arbitragem, esta nos termos da Lei da arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro). Este aspeto de indeterminação, sobretudo porque se está perante o risco de litígios que não envolvem só interesses de ordem patrimonial (como sucede com o vínculo de filiação e, reflexamente, da nacionalidade) e, nessa medida, porventura excluídos do domínio da justiça arbitral, não deixa igualmente de contribuir para as incertezas, também de índole jurídica, para o bem em causa que, no entendimento que se segue, convocam o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto limite que determinará, necessariamente, uma esfera (mais) alargada de proteção desse valor.

Acresce, além das duas ordens de razões mencionadas, uma outra fonte de incerteza que pode ainda contribuir para a precarização do estatuto da (projetada) criança: a que se reporta à questão da previsão contratual de disposições a observar em caso de quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação a nível fetal (cfr. artigo 8.º, n.º 10, em matéria de «ocorrência de malformações ou doenças fetais» e artigo 3.º, n.º 3, alínea g) do Decreto Regulamentar n.º 6/2017). Com efeito, e sem prejuízo da norma vigente sobre «Interrupção da gravidez não punível» (cfr. artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do Código Penal), qualquer que seja a decisão tomada no quadro da norma legal (necessariamente — só — pela mulher grávida, face ao disposto no n.º 4 do mencionado artigo 142.º — no caso da gestação de substituição, a gestante de substituição), a mera hipótese de dessa decisão (quando no sentido da não interrupção da gravidez) poder emergir qualquer pretensão indemnizatória reportada à previsão da alínea c) do n.º 1, do artigo 142.º do Código Penal — como sugere a redação das Cláusulas 9.º e 10.º do contrato-tipo de gestação de substituição adotado pela CNPMA — aproxima o estatuto da (projetada, depois nascida) criança de um ‘objeto’ cujas ‘características’ (negativamente valoradas) seriam ‘quantificáveis’ do ponto de vista patrimonial em termos que, mesmo à luz da “fórmula do objeto”, tal como referida na fundamentação do Acórdão (cfr. n.º 22) comportariam, em concreto, a sua degradação.

Por último, as incertezas, na perspetiva da criança, que justificam o entendimento que se sustenta, podem ter igualmente a sua origem, de modo evidente, no regime de nulidade consagrado pelo legislador, especialmente na perspetiva da filiação jurídica, enquanto vertente do direito à identidade pessoal, e do correspondente estabelecimento de relações familiares. Assim, no que respeita à fundamentação do Acórdão quanto à questão versada em B.6, acolhe-se especialmente a contida nos pontos B.6.1, n.º 47 e B.6.2 (*As questões relativas ao regime da nulidade do contrato de gestação de substituição*) e B.6.3 (*A questão da indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição*) — exatamente por, além do mais, revelarem os traços de incerteza que, por si só, convocam, numa ótica cautelar, uma tutela acrescida da dignidade da pessoa humana no que respeita à (projetada) criança.

32 No que respeita à ‘renúncia’ aos direitos e deveres próprios da maternidade, elemento essencial da noção de ‘situação’ de gestação de substituição — que tem por contraponto no regime legal a norma que, afastando a *supra* mencionada regra legal do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil, estabelece a filiação na ‘situação’ de gestação de substituição, segundo a qual a criança que nascer é tida como filha dos respetivos beneficiários — considera-se igualmente que essa ‘renúncia’, por condicionar a esfera da (projetada) criança, igualmente encerra uma incerteza e risco

não compagináveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, na perspetiva da mesma criança.

Por um lado, ainda que se admitisse ser tal ‘renúncia’ uma expressão do livre desenvolvimento da personalidade e da auto-determinação da gestante que, co-partilhando o intuito dos beneficiários de concretizarem um projeto parental próprio, tornando este viável — traduzida no seu consentimento, livre e esclarecido, e livremente revogável mesmo para além do início dos processos terapêuticos de PMA (sob pena de se verificar, na perspetiva da gestante, uma restrição desproporcionada daquele seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz da dignidade da pessoa humana — cfr. *B.6.1*, n.º 46 do Acórdão) —, ainda assim essa expressão de vontade (para além de gerar as incertezas acima referidas no caso de, afinal, não ter lugar) não deixa de se projetar, à partida, sobre a esfera jurídica de (depois do nascimento) um terceiro — que, por um lado, até ao nascimento apenas conhecerá uma relação biológica (e epigenética, apesar de não genética) com a gestante e, depois do nascimento, se houver ‘renúncia’ o privará definitivamente da parentalidade por via da gestante e da sua família. Acresce a este respeito que — e agora apenas na perspetiva da gestante — a previsão legal da ‘renúncia’ sempre comporta à partida a preclusão definitiva do seu direito (fundamental) a constituir família que inclua a criança cuja gravidez levou até ao fim, mesmo tratando-se de gestação de substituição (e não genética).

33 Das várias ordens de incertezas indicadas resulta, pois, uma situação de perigo que, por si só, face à centralidade do valor em causa, já comporta a sua violação, assim reclamando uma proteção *forte* (ou de nível mais elevado) face a tais incertezas que, em consequência, tal como sucede em outros ordenamentos jurídicos, reclama ainda, mesmo tendo em conta a evolução das conceções sociais, uma abstenção prudencial no que respeita à consagração da gestação de substituição.

Por força desta conclusão nos afastamos, em particular, das conclusões alcançada no Acórdão, em *B.4*, 33. e em *B.5*, 35. (respetivamente, a propósito da análise da dignidade da criança nascida através de gestação de substituição e outras questões de constitucionalidade suscitadas pelo modelo português), na medida em que da exclusão de certezas sobre o malefício de uma rutura do vínculo biológico entre a gestante e o nascituro retira a exclusão da pertinência de um argumento jurídico fundado apenas na dignidade da criança e, ainda, da incerteza do perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da criança, retira um significativo espaço de avaliação e de conformação do legislador, não impondo uma única atuação, em especial a prevenção absoluta de qualquer risco mediante a proibição da ‘situação’ de gestação de substituição.

Em todo o caso, cotejando a final o resultado que pela via exposta se alcança — a desconformidade constitucional de todas as normas do artigo 8.º —, com o correspondente resultado alcançado pela maioria vertido na Decisão do Acórdão, conjugados os diversos parâmetros que se têm por violados, não é demais ressaltar que as normas do artigo 8.º que não são objeto de uma declaração de inconstitucionalidade, seja direta (n.ºs 4, 10 e 11; n.º 8, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º; e n.º 12), seja consequencial (n.ºs 2 e 3; e n.º 7 do artigo 8.º) são, afinal, apenas, as normas dos números 1 (noção), 5 e 6 (requisitos negativos) e 9 (norma de remissão, com as devidas adaptações, para os artigos 12.º e 13.º, respeitantes aos direitos e deveres dos beneficiários). E se as três últimas não sobrevivem, em rigor, na sua aplicação, sem as normas do regime declaradas inconstitucionais, igualmente

se afigura que, mesmo na perspetiva diversa da que se explicitou, a norma do número 1 dificilmente poderia subsistir, desde logo pela previsão da entrega após o parto e (correspondente) *renúncia* aos poderes próprios da maternidade, dificilmente compaginável com o entendimento de que a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante decorrente do regime vigente (em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA, para o n.º 4 deste último artigo) é constitucionalmente desconforme, sobretudo quando se verifique um concurso de projetos parentais (dos beneficiários e, também, da gestante), em que a ‘entrega’ (e correspondente *renúncia*) podem, afinal, apesar da intenção de concretização uma ‘situação’ de gestação de substituição (tida como tal ‘à partida’), nem sequer tem lugar (assim precludindo, ‘à chegada’, a integral subsunção da ‘situação’ na previsão da norma que estabelece a noção de gestação de substituição).

B) Normas do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 15.º («Confidencialidade») da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto)

4. Vencida, parcialmente, quanto ao juízo de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, relativo às normas do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto) mesmo tendo em conta o alcance limitado aí previsto quanto ao n.º 1.

Desde logo, o entendimento acima exposto e a conclusão alcançada quanto à desconformidade constitucional das normas do artigo 8.º da LPMA (cfr. A), *supra*, sempre se projetaria sobre as demais normas sindicadas do diploma em causa respeitantes à gestação de substituição — e, assim, também sobre a norma do n.º 1 do artigo 15.º da LPMA, na parte em que a ela se refere, impondo um dever de sigilo quanto à identidade da gestante de substituição que, da conjugação daquele número com os demais do mesmo artigo, resulta ser absoluto.

Depois, e apesar de se acolher a fundamentação do Acórdão quanto à apreciação dos interesses fundamentais em conflito e dos fundamentos invocados pelos recorrentes (cfr. C.3 e C.4), bem como as conclusões alcançadas, na parte em que respeitem à regra do anonimato dos dadores (cfr. n.ºs 71. a 78. — depois acolhidas pela maioria no Acórdão, por razões análogas às que fundamentam a pretensão do conhecimento das origens genéticas, quanto à identidade da gestante de substituição — e 80.), entende-se que a questão de constitucionalidade em causa e apreciada — a do anonimato dos dadores no caso da procriação heteróloga (e para a maioria que sustenta a admissibilidade de princípio da gestação de substituição, também da gestante) e do direito à identidade pessoal —, não se reporta, necessariamente, à norma do número 1 que, versando sobre o dever de sigilo (absoluto), respeita ao (possível) modo de conhecimento da informação relativa ao ato de PMA e à identidade dos participantes — sob pena de se poder entender que o único regime constitucionalmente conforme com a proteção do direito à identidade pessoal seria aquele em que inexistisse qualquer dever de sigilo. Entende-se, diversamente, que aquela questão se reporta à norma do n.º 4 do artigo 15.º, por força dos limites impostos ao acesso ao conhecimento (para além do direito à informação constante dos números 2 e 3, não sindicados) da identidade do dador, decorrentes do meio e condições (*razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*) aí previstos. E isto independentemente do modo de conhecimento do ato de PMA e da identidade dos participantes, seja por uma via mais abrangente (por força da desconformidade constitucional da norma

que prevê um dever de sigilo, em relação ao interessado, nascido através do uso de técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, quanto ao ato de PMA e à identidade dos participantes, nos termos sustentados pela maioria), seja por uma via mais restrita (através dos progenitores ou de indagação sobre a sua própria identidade, nomeadamente a partir da informação acessível ao interessado nos termos dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 15.º da LPMA).

Em suma, a questão de constitucionalidade não se reporta tanto na sua essência à existência, ou não, de uma obrigação de sigilo (ora absoluta, nos termos do número 1 do artigo 15.º, mas que comporta já hoje exceções, nos termos dos números 2 a 4), mas sim ao próprio direito de acesso à informação relativa à identidade do dador (e, na perspetiva da maioria, também da gestante de substituição) face à intensidade do valor protegido da identidade pessoal.

5. Pelo exposto, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade poderia apenas incidir sobre o n.º 4 do artigo 15.º da LPMA — sem prejuízo de, sendo esse o caso, se considerar que seria de ponderar a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de as pessoas nascidas através de técnicas de PMA heteróloga se passassem a encontrar, até à alteração da Lei neste ponto, numa situação que deixaria de lhes permitir o acesso (fora dos casos dos n.ºs 2 e 3, em que já existe um acesso, ainda que limitado, a um conjunto de outras informações relevantes) à identidade do dador no caso de procriação heteróloga (incluindo nos pertinentes casos de gestação de substituição com dádiva de gâmetas ou embriões), mesmo nos moldes restritos ali previstos (obtenção da identidade do dador por *razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*). Só deste modo se poderia obviar a que, até uma eventual alteração legislativa, a declaração de inconstitucionalidade — em nome do direito à identidade pessoal e sua prevalência sobre os outros interesses e valores em presença — pudesse redundar, afinal, numa menor proteção daquele direito.

C) Normas do n.º 3 do artigo 20.º («Determinação da parentalidade») da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

6. Pese embora a fundamentação do Acórdão neste ponto (cfr. *D.*, n.ºs 81.-82.), tendo a norma do artigo 20.º, n.º 3, da LPMA como pressuposto a alteração de paradigma resultante do n.º 1, parte final, do artigo 6.º da mesma Lei, admite-se que o âmbito do conhecimento pudesse ter abrangido as questões que esta última norma pode suscitar relacionadas, tal como referido na fundamentação (cfr. 81.), com a possibilidade de criação de famílias monoparentais.

D) Limitação de Efeitos

7. Subscreeve-se a decisão, e respetiva fundamentação, constante da alínea g) da Decisão, no sentido de que aí se determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a) a c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição já autorizados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

8. Todavia, e tendo em conta o vencimento parcial quanto à declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, sustentamos que a limitação de efeitos deveria operar igualmente em relação a tal declaração de inconstitucionalidade (e sem prejuízo do que acima se referiu em B), 5.).

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade constante da alínea e) da Decisão, no que respeita ao n.º 1 do artigo 15.º apresenta um alcance limitado por apenas se reportar a uma parte desse número — «parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medidamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou gestante de substituição» —, assim se mantendo o dever de sigilo relativamente às demais pessoas (não nascidas em consequência daquele processo de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição). E, em conjugação com a declaração de inconstitucionalidade do n.º 4 — sem qualquer limitação de efeitos —, a decisão constante da alínea e) resulta da ponderação segundo a qual se faz prevalecer o direito à identidade pessoal, na sua plenitude, incluindo a dimensão do conhecimento da ascendência genética, em relação ao interessado (ou seja, a ‘pessoa nascida em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição’), por força do carácter desnecessário da opção legislativa vigente (no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos) que consagra a regra, ainda que não absoluta, do anonimato dos dadores no caso de procriação heteróloga, e bem assim o anonimato da gestante de substituição, como regra absoluta (por força do disposto no n.º 4 que apenas se refere à «identidade do dador»). Ora, pese embora a abertura da fundamentação (cfr. n.º 80.) a uma solução legislativa que, para tutela desses outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, possa consagrar a regra inversa da regra ínsita no atual regime sindicado (n.ºs 1 e 4), assim afrontando a referida desnecessidade da opção legislativa vigente (anonimato como regra, ainda que não absoluta quanto aos dadores e como regra absoluta quanto à gestante de substituição) — que apenas operaria para o futuro —, a não limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade não permite, julga-se, mesmo que tal pudesse ser a escolha do legislador, acautelar - e, sublinhe-se, de todo —, ainda que sob certas condições e em termos limitados, os demais interesses envolvidos dos vários intervenientes, de elevada sensibilidade e igualmente com relevância constitucional, cujas decisões — de recorrer a técnicas de PMA com dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo na situação de gestação de substituição, foram tomadas num dado quadro legislativo e no contexto de um paradigma que, agora, se modifica significativamente. A não limitação de efeitos quanto à decisão constante da alínea e) pode, pois, precluir qualquer ‘válvula de proteção’ em sentido inverso no âmbito das situações de PMA heteróloga e relações jurídicas constituídas ao abrigo da legislação ora declarada inconstitucional com força obrigatória geral, tanto mais necessária — apesar da centralidade do valor que a maioria considerou ser prevalecente — quanto o alcance da referida mudança de paradigma quanto ao entendimento do direito das pessoas nascidas em consequência de processos de PMA heteróloga (incluindo, para a maioria, nas situações de gestação de substituição) à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, na sua dimensão de direito ao conhecimento da ascendência genética e, também (para a mesma maioria), da identidade da ‘sua’ gestante de substituição.

Maria José Rangel de Mesquita

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Votei vencido quanto à não consideração, no juízo de inconstitucionalidade material (*direta*) respeitante à *gestação de substituição*, das normas constantes dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida, que doravante identificarei como LPMA), na redação decorrente da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Considero que a introdução, por este último diploma (cfr. o respetivo artigo 1.º), da chamada *gestação de substituição*, enquanto *situação* (é como a LPMA a designa) que não dispensa o recurso a *técnicas de procriação medicamente assistida* (sendo a elas diretamente associada pelo artigo 2.º, n.º 2 da LPMA), rompendo radicalmente com a opção assumida pelo legislador até 2016, projeta a precarização do conceito de dignidade humana, relativamente a alguns dos sujeitos envolvidos (desde logo a gestante e a criança). Este — o valor que nele se expressa —, enquanto proibição de *instrumentalização* da pessoa — sigo, em termos que adiante explicitarei, a chamada “*fórmula do objeto*” —, é colocado neste caso numa situação de *perigo*, numa situação de insegurança existencial, que acaba por induzir, num domínio em que a opção constitucional postula expressamente a ideia de *precaução* na *salvaguarda* dos interesses em causa, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) — “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...]*” —, e especificamente referido à procriação assistida, numa linguagem carregada de intencionalidade, na alínea *e*) do n.º 2 do artigo 67.º do texto constitucional — “[*i*]ncumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família [...] [*r*]egulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

Explicitarei no meu voto, resumidamente, essa asserção de desconformidade constitucional, sublinhando, desde já — e neste aspeto também não coincido inteiramente com os pressupostos da posição que reuniu maior consenso na formação da decisão do Tribunal —, que o desvalor que referencio aos três primeiros números do artigo 8.º do diploma (violação do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de deficit de salvaguarda deste) se projeta necessariamente, com base nesse mesmo parâmetro, nos restantes números do artigo (nos n.ºs 4 a 12), no sentido em que também esses, para além dos diversos problemas específicos que colocam, integram a construção legal sedeada nos números 1 a 3, pressupondo e realizando, numa evidente relação de dependência, o desvalor básico que ela a meu ver envolve. Teria, pois, considerado materialmente inconstitucionais, com base no mesmo parâmetro — violação do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea *e*), da CRP —, todos os números do artigo 8.º da LPMA.

1.1. Paralelamente, ainda num quadro de observações preambulares, importa esclarecer que não deixo de compartilhar, todavia, o entendimento subjacente à posição que reuniu o consenso maioritário do Tribunal quanto aos juízos de inconstitucionalidade — e o essencial da respetiva fundamentação — expressos nas alíneas a), b), c), d) e e) da parte dispositiva do Acórdão, aderindo, igualmente, ao juízo de não inconstitucionalidade que se reflete na alínea f) desse dispositivo, especificamente quanto ao artigo 20.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006.

Todos esses casos, correspondendo a outros problemas de inconstitucionalidade, referidos aos parâmetros indicados nessas diversas alíneas do dispositivo, mas correspondendo a problemas que acresceriam, na perspetiva em que me coloco, ao desvalor fundamental que indiquei no item anterior, justificam que, em coerência com a minha posição, partilhe esses juízos decisórios, sendo certo que, (só) com base na questão de fundo por mim colocada (violação do princípio da dignidade da pessoa humana), as normas integrantes do artigo 8.º (e também o artigo 15.º, n.ºs 1 e 4), subsistiriam incólumes no entendimento da maioria (não seriam invalidadas com base em violação do princípio da dignidade da pessoa humana). Ora, situando-se o problema de inconstitucionalidade por mim colocado logicamente a montante daqueles que foram determinantes do juízo que formou a maioria, mas concordando eu com as questões de inconstitucionalidades determinantes desse outro juízo, participo na formação da posição maioritária do Tribunal, no sentido em que a dinâmica decisória induzida pela discussão passou a apreciação do pedido dos Requerentes para o quadro desses outros problemas.

1.1.1. Relativamente às *inconstitucionalidades consequentes* declaradas nas alíneas a) e c) do dispositivo (referentes aos n.ºs 2, 3 e 7 do artigo 8.º da LPMA), ressalvando sempre que o entendimento que sustento *a montante* — a figura da *gestação de substituição* traduz uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana — me conduz à asserção de implicar a existência dessas normas uma situação de inconstitucionalidade material direta, este (meu) entendimento não preclui, porém, no mesmo quadro argumentativo que tracei no final do item anterior, que concorde e comungue do entendimento que determinou a projeção dos juízos de inconstitucionalidade afirmados pelo Tribunal, em termos consequenciais ou de conexão, com as específicas normas objeto desses pronunciamentos.

1.1.2. Por fim, ainda neste plano introdutório, deixo nota da minha adesão ao juízo quanto à limitação de efeitos expresso na alínea g) do dispositivo.

2. Esclarecidos os aspetos atinentes à formação da decisão do Tribunal, importa explicitar o sentido da minha divergência quanto aos pressupostos da posição que originou a maioria e se refletiu no juízo negativo de inconstitucionalidade material direta dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, quanto à admissibilidade legal, como técnica de PMA, das situações, agora designadas de “*gestação de substituição*”.

Embora essa dissensão acabe por ter uma expressão muito parcial nas concretas normas abrangidas nos diversos juízos de inconstitucionalidade constantes do dispositivo, baseia-se numa questão de fundo, que se projeta em todas as normas que pressupõem a situação definida no n.º 1 do artigo 8.º como permitida. Esse problema de fundo corresponde, aliás, ao meu motivo de rejeição da conformidade constitucional da opção central — do objeto único — da Lei n.º 25/2016 ao pôr fim à exclusão (à proibição absoluta) do que sempre foi designado entre nós (seguindo uma terminologia consagrada e comum na identificação da situação) como *maternidade de substituição*^[1].

Sublinho estar em causa, com a sequência das normas que agora integram os três primeiros números do artigo 8.º da LPMA, conjugando o sentido prescritivo de cada uma delas, o seguinte quadro permissivo criado pelo legislador de 2016: considera-se *gestação de substituição* permitida (i) *qualquer situação em que uma mulher, mediante negócio jurídico (contrato escrito, v. o n.º 10) celebrado com quem a Lei designa como “beneficiários”*^[2], se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem

e a entregar a criança após o parto a esses beneficiários, renunciando (ela gestante) aos poderes e deveres próprios da maternidade; isto (ii) por via de gravidez originada por uma técnica de PMA com recurso aos gâmetas (células sexuais) de, pelo menos, um dos beneficiários, mas sempre com exclusão da intervenção nessa técnica de qualquer ovócito (célula germinal feminina) proveniente da gestante; sendo que (iii) o negócio jurídico em causa, só sendo possível a título excepcional, assume natureza gratuita e pressupõe, do lado dos beneficiários, a verificação de um caso de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão impeditiva, de forma absoluta e definitiva, da gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

É do somatório destes pressupostos — todos contidos nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8.º, na redação ora introduzida na Lei n.º 32/2006 — que emerge, primordialmente, a licitude da situação de gestação de substituição. A estes requisitos acrescerão todos os outros elementos, positivos e negativos, contidos nos restantes nove números do mesmo artigo 8.º, conjugados com outras disposições da LPMA, dando origem a uma situação complexa, no plano da concretização e das consequências, mas cujo sentido acaba por ser de apreensão muito simples: trata-se da cedência por uma mulher da sua função gestacional, desencadeada por uma tecnologia reprodutiva assente em material genético obrigatoriamente alheio, em vista da obtenção de uma criança (em vista da obtenção de uma gravidez que culmine no nascimento de uma criança) para entrega desta a um *casal de beneficiários* (pressupomos aqui a definição “efetuada” pelo CNPMA, referida na nota 2, *supra*), envolvendo essa entrega a renúncia pela gestante ao estatuto de mãe.

Vale a opção legal que assim se expressa, pois, pela sua finalidade precípua, que é a de propiciar a alguém uma criança por via contratual, através da cedência, em vista desse específico fim, de um processo gestacional alheio, que assim é objeto de *alienação* (de transferência para um domínio alheio na sua funcionalidade e resultado). Daí que se possa afirmar, relativamente à construção da figura (*negocial/contratual*) agora introduzida na nossa ordem jurídica, que o objetivo primordial desta corresponde exatamente ao resultado visado: a criança em si mesma (o objeto da *obrigação de entrega*, a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º), funcionando a prestação do “*serviço de gravidez*” e a conseqüente “*cedência de um útero*”, como meios necessários destinados à consecução do fim que se expressa na entrega da criança [cfr., definindo nestes termos a *maternidade de substituição (surrogacy)*, Donna Dickenson, “The commodification of women’s reproductive tissue and services”, in *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Leslie Francis (ed.), Oxford University Press, New York, 2017, p. 128].

2.1. O que vem depois, o estabelecimento da relação de filiação da criança objeto da obrigação de entrega aos beneficiários, afastando a regra que referiria essa maternidade à gestante (artigo 1796.º, n.º 1 do Código Civil), resulta de determinados pressupostos legais condicionantes da situação, estabelecidos — estabelecidos *ad hoc* — para atuarem ao longo do procedimento, conducentes à construção dessa forma de paternidade e de maternidade-outras agora introduzida no nosso ordenamento jurídico através do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA, concretizando a finalidade da *gestação de substituição*.

Ora, valendo essas opções, objetivamente consideradas, com um inegável sentido de precarização da posição da *gestante* no quadro da gravidez por ela suportada, no confronto com a posição dos beneficiários relativamente a esse facto (facto corporalmente próprio da gestante), percebe-se ter o legislador pretendido prevenir uma

hipotética patologia do contrato de gestação, em que se gerasse algum concurso de pretensões à criança, criando uma espécie de “melhor título” dos beneficiários a esta. Trata-se de (compreende-se como) uma estratégia interna de defesa da intencionalidade que preside à opção legal assumida, através da construção normativa de uma espécie de *garantia*, criando uma *regra de decisão* de conflitos alocativos da criança, que pretende evitar situações do tipo da que nos anos 80 do século passado — o chamado caso *Baby M*, decidido em 1988 pelo Supremo Tribunal de New Jersey — deu visibilidade à problemática das “*barrigas de aluguer*”.

Evidenciam essas opções, todavia, o problema originariamente presente em toda a situação: a construção de um modelo legal que envolve e enquadra a redução da gestante à condição de instrumento gestacional alheio.

É com este sentido que se proíbe a presença de material genético (de ovócitos) da gestante na execução da técnica de PMA que originará a gravidez e a gestação, erigindo desta forma uma base genética para a afirmação da ideia, que é central na situação de *gestação de substituição*, de não poder estar em causa um filho da gestante, evidenciando que a função desta — do seu corpo e de todas as suas funções orgânicas convocadas pela gravidez — se limita à circunstância de *servir de veículo da gravidez e do parto* de filho alheio, associando à *gestação de substituição* um sentido “maquinizador” e um efeito de “objetificação” e de “comodificação” do corpo da mulher e da fisiologia desta.

Todavia, essa instrumentalização — o assentimento contratual a ela — não deixa de ter implícita uma espécie de “cláusula oculta” de maternidade da gestante, num quadro consequencial referido a determinadas vicissitudes da situação, que acaba por induzir esse efeito algo paradoxal, mas que não deixa de ser sintomático da precarização da posição da gestante (e, intensamente, também da criança). É que, nas situações que “aparentem” uma *gestação de substituição*, mas que em algum aspeto se afastem do complexo condicionamento legal tecido ao longo do artigo 8.º da LPMA, ocorre a *nulidade dos negócios jurídicos* em causa (artigo 8.º, n.º 12 da LPMA), preenchendo-se, nas suas múltiplas formas, os tipos legais de crimes previstos no artigo 39.º da LPMA (no caso da gestante, cfr. os correspondentes aos n.ºs 2 e 4). Conduzirão estas situações à atribuição da maternidade à gestante, tornando claro que o efeito de precarização do estatuto desta continha implícita, a tal “cláusula oculta”, expressa na *reserva do estatuto de mãe*, com um sentido *in malam partem*, para a frustração (nulidade) da *gestação de substituição* lícita. Assim, por via desse desvalor contratual a gestante adquirirá, pelo facto do nascimento, o estatuto de mãe — mãe que, em última análise, (só) o é por via de um contrato nulo que configura um ilícito criminal —, assim se associando uma etiquetagem desvaliosa, um efeito de estigmatização — o decorrente de um ilícito criminal —, à maternidade, apanhando nesse efeito, de permeio, a posição da criança. Esta situação foi corretamente detetada e descrita por Maria Margarida Silva Pereira (“Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *in Julgar Online*, janeiro de 2017, p. 14): “[t]emos, conseqüentemente, que o entendimento legislativo assenta na imputação de gestação de substituição a quem contrata a entrega da criança aos comitentes de forma lícita e a imputação de maternidade a quem realize um contrato configurador de ilícito criminal”. Trata-se de um efeito que, como sublinha a Autora, seguramente não foi pretendido, mas que é impossível de evitar: “[s]ó é gestante de substituição a pessoa que contrata licitamente. Quem acorda gerar uma criança de forma ilícita e criminoso será mãe [...]”.

É também assim — com um sentido, sempre latente, de precarização da posição da gestante —, que o desencadear do processo correspondente à situação de *gestação de substituição*, assenta numa *captura* do consentimento da gestante (que verdadeiramente é uma renúncia a direitos da personalidade próprios e alheios, completamente desfasada do estreito espaço em que a nossa ordem jurídica tolera a limitação voluntária destes, cfr. o artigo 81.º do Código Civil) numa fase muito precoce do processo, quando ainda não há sequer gravidez (cfr. artigo 14.º, n.º 5, *ex vi* do n.º 4, da LPMA), numa pretensão de imunizar ou de garantir o objeto do contrato (que é a criança), daí em diante, às vicissitudes da interação da gestante com o ser humano que por ela vai ser gerado.

É assim que se relativiza fortemente a ideia de voluntariedade altruística na adesão à situação — traço fundamental que se associa ao chamado *modelo português de gestação de substituição* — situando o consentimento/renúncia da gestante num momento muito prematuro de um processo que vai ser longo e carregado de significado, esgotando o exercício desse consentimento/renúncia logo aí — esgotando-o num momento —, através de um exercício único logo definitivamente capturado nas suas relevantíssimas consequências, quando esse valor — expresso no exercício de uma liberdade altruística — só traduziria verdadeiramente o elemento que, na essência da posição do Tribunal, tem a virtualidade de dissipar a mácula originária da instrumentalização se — e só enquanto — se mantivesse ativo.

É certo que o pronunciamento decisório do Tribunal eliminou esse efeito na alínea b) do dispositivo, mas, não obstante, a construção desse resultado — que, assentando em problemas efetivamente presentes neste regime, encarei como “segunda questão” colocada pelo afastamento da minha posição de base — foi alcançada num quadro argumentativo que não assumiu a projeção direta da proibição absoluta, que está na essência do princípio da dignidade da pessoa humana, de recondução das pessoas à categoria de meios instrumentais da realização de fins alheios, mesmo quando isso pode ser visto como expressão de uma opção própria e, até, como o exercício de uma liberdade. Vale a este respeito o que este Tribunal já afirmou, e que permanece atual, no Acórdão n.º 144/2004 — e estou a construir um argumento, não a afirmar qualquer similitude de situações que, obviamente, em nada aqui se verifica —: “[...] *uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações [...] cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física [...]), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1.º da Constituição, ao fundamentar o estado português na igual dignidade da pessoa humana*”.

Com efeito, constituí meu entendimento que todas as “projeções secundárias” — trata-se de uma imagem — que o Tribunal direta ou consequencialmente eliminou, através do presente Acórdão, constituem isso mesmo: decorrências inevitáveis geradas pela essência básica da construção sedeada no número 1 do artigo 8.º da LPMA. Esta, com efeito, por si e na compaginação com os n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito, contém, pelo menos (e já é muito num domínio como este), o *germe* — a expressão de um perigo potenciado por um *deficit* de salvaguarda — a que a concretização de um modelo — creio eu, de qualquer modelo — de *gestação de substituição* necessariamente conduz, pela dinâmica própria inevitavelmente associada à sua funcionalidade: as expressões paroxísticas que o Tribunal, trilhando um caminho diverso daquele que primordialmente propugnei, e que aqui sustento explicitando a minha divergência, acabou por excluir. É sintomático a este respeito que “quase

nada” do regime do artigo 8.º da LPMA tenha sobrevivido ao julgamento do Tribunal. Sobreviveu, todavia, a questão básica, o problema de fundo, que se expressa na aceitação de um modelo *gestacional triangular* que pressupõe situações “[...] em que [uma] 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”.

2.2. O argumento que aqui se afirma é este: a completa desconstrução da ideia de “maternidade” relativamente à gestante é alcançada à custa de uma intolerável presença de fatores que objetivamente expressam uma *instrumentalização* desta, lançando uma insustentável incerteza sobre a base em que assenta o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Num outro plano, não deixaremos também de sublinhar que as vicissitudes projetivas de tal desconstrução potenciam fatores de incerteza, quanto à criança gerada, que não podem ser negligenciados, criando perigos — desde logo pela impossibilidade de controlo de situações que venham a envolver não nacionais no processo de gestação de substituição — cujo carácter algo vago não deixaria de indicar a adequação de uma abordagem cautelosa, de uma estratégia de precaução nas opções do legislador, inibindo soluções legislativas que envolvem a projeção destes perigos.

Com efeito, importa não esquecer que a gestação de substituição constrói e desencadeia intencionalmente, quanto aos elementos aqui referidos, a situação portadora do potencial de perigo, não procurando resolver, como sucede com a adoção, um problema pré-existente para o qual se não contribuiu [cfr. Sidney Callahan, “The Ethical Challenges of the New Reproductive Technologies”, in *Health Care Ethics: Critical Issues for the 21st Century*, Eileem E. Morrison, Beth Furlong (ed.), Sudbury, 2009, p. 82].

Ocorre nas situações de gestação de substituição, pela própria natureza das coisas — do meio necessariamente convocado à abordagem da patologia em função da qual ela é admitida — uma forte presença de elementos que, inarredavelmente, expressam a instrumentalização de uma mulher pelo uso do seu corpo e da sua fisiologia, como meio de alcançar os fins de terceiros. É assim que a situação convoca, em si mesma (pela necessidade de a tornar funcional no seu objetivo), construções jurídicas que não podem deixar de assentar numa base em si mesma desvaliosa de um ponto de vista constitucional, aferida face ao sentido muito específico que o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da CRP, introduziu na revisão constitucional de 1997, no quadro relacional estabelecido entre a procriação assistida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

É com este sentido que a base prática em que assenta — necessariamente assenta — a construção da *gestação de substituição*, nos termos em que esta é definida no n.º 1 do artigo 8.º da LPMA, não nos permite projetar uma salvaguarda suficientemente densa e segura da dignidade da pessoa humana, devendo, por isso, ser excluída, numa lógica construída em torno da ideia de precaução. Esta indica ao legislador — e por alguma razão a maioria dos legisladores do nosso espaço envolvente europeu não tem seguido o caminho agora trilhado entre nós — uma postura de abstenção quanto à adoção de soluções legislativas como estas, em que o espaço de relativização dos valores em causa é tão amplo que potencia, fortemente, um uso desviado, verdadeiramente impossível de controlar.

Envolve a *gestação de substituição*, de facto, mesmo no quadro de referência construído pelo legislador português, a colocação em perigo (logo: uma insuficiente salvaguarda) do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este colocado num

estado de insegurança existencial ao qual se não pode entregar, confiando que permanecerá efetivamente protegido, um valor desta grandeza.

2.2.1. Vale este argumento no quadro referencial que concretiza usualmente, na teoria constitucional, o modelo de identificação da base subjacente ao valor da dignidade da pessoa humana, enquanto arquétipo constitucional. Referimo-nos ao modelo, de raiz Kantiana (cfr. Michael Rosen, *Dignity*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Londres, 2012, pp. 20/21), que se expressa na chamada “*fórmula do objeto*”, ao excluir — e excluir situações corresponde, precisamente, à funcionalidade do princípio, decorrente da sua radicação histórica, no período pós-II Guerra — o que envolve ou induz a redução de uma pessoa à categoria de objeto (o efeito de “objetificação” desta, intencional ou meramente consequencial), tornando-a num mero meio, fundamentalmente fungível, no quadro de um processo de instrumentalização a fins alheios, excluindo-a da consideração como fim em si mesma [cfr. Aharon Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 123 e 146/147]. Note-se que a ideia de “objetificação”, proscribida pela “*fórmula do objeto*”, é habitualmente reconduzida, como se refere no texto do Acórdão, à ideia de *degradação* da pessoa por via da presença atuante das situações prototípicas que expressem instrumentalização e utilização de alguém, exclusivamente, como um meio ao serviço de fins alheios^[3]. Sendo efetivamente este o contexto em que a violação da dignidade da pessoa humana emerge como desvalor — o da proibição da efetiva degradação da pessoa no seu intrínseco valor —, não posso deixar de anotar, enunciando já uma ideia que desenvolverei adiante, que o âmbito protetivo aqui inequivocamente sinalizado pelo legislador constitucional (no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da CRP), exige, pela intrinsecamente perigosa relativização de valores que este tipo de situações envolve, um *plus* de proteção, postulando um círculo alargado de defesa — só possível num modelo assente na ideia de precaução legislativa — que inclua uma tutela antecipatória do perigo, referido a situações como estas, com grandes margens de desconhecimento das consequências induzidas, que objetiva e intensamente expressem a presença de fatores de instrumentalização suscetíveis de colocar em crise existencial o valor da dignidade da pessoa humana.

É, pois, com esta base, e por referência ao modelo decisório correspondente à “*fórmula do objeto*”, enunciado por Günter Dürig nos anos 50 do século passado (cfr. Aharon Barak, *Human Dignity...*, cit., p. 147, nota 36, contendo esta a enunciação originária por Dürig da “*fórmula do objeto*”, no quadro interpretativo do artigo 1.º da Constituição Alemã), que se afirma, relativamente à dignidade da pessoa humana, o caráter de “*direito absoluto*”.

Descrevendo esta asserção numa perspetiva dinâmica, na sua interação com outros valores, tem esta qualificação como *direito absoluto* o sentido da afirmação de correspondência do respetivo valor (no que em função dele se exclui) a um espaço de coincidência, exata, entre o seu conteúdo e a extensão da proteção que confere. Subtrai-se, assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana a limitações e, consequentemente, à possibilidade de ponderação com outros direitos. Isto no sentido em que uma hipotética operação relacional de “acomodação” a outros valores — uma operação de “ponderação” que posicione, conflituamente, a dignidade da pessoa humana face a outros direitos — já alcança o patamar corresponde à sua violação, pois pressupõe como possível resultado o que já não expressará o caráter absoluto

do valor (Ahron Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 27/29).

Daí que a identificação dos pressupostos fáticos do princípio da dignidade da pessoa humana deva ser “estreita”, no sentido de referida a atos e situações muito específicas, necessariamente escassas (refere-se, por vezes, a dignidade da pessoa humana, neste plano, como “valor único”), muito expressivas na visibilidade conflitual da sua relação com o valor em causa. Constitui esta estreiteza da base de identificação “o preço a pagar” pela fortíssima intensidade da tutela que a absolutização confere a todos e exige do legislador (Dieter Grimm, “Dignity in a Legal Context and as an Absolute Right”, in *Understanding Human Dignity*, Christopher McCrudden (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 388/389).

Note-se, porém, que mesmo a admissão de uma não total insensibilidade da dignidade da pessoa humana a algum tipo de ponderação, a afirmação de que o caráter absoluto desta não pode excluir, à partida e em todas as situações, a existência de alguma, estreita, margem de balanceamento (é o caso de Alexy), não deixa de trazer aparelhada a afirmação de que a ponderação em tal quadro, só é desencadeada sob o impulso de “condições extremas” e assenta numa margem de possibilidades muito reduzida, que só pode ter lugar na avaliação concreta de um determinado caso, nunca na perspetivação abstrata de uma solução legal, como pressupõe o tipo de fiscalização aqui em causa: “[b]alancing, however, may only take place relativized to concrete cases”; “[...] it is impossible to balance principles abstractly, without referring to concrete cases” (Matthias Klatt, Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 31/32).

Seja como for, o modelo de controlo jurisdicional que o princípio da dignidade da pessoa humana usualmente convoca, muito especialmente no plano das jurisdições constitucionais, tende a afastar à partida a ideia de balanceamento — recusando-a mesmo — por entender que um raciocínio desse tipo já envolve a aceitação da ideia, antitética do nível de proteção qualificado aqui exigido, que está na essência do princípio — nível por vezes identificado como expressão de um efeito de *trunfar sempre* no confronto com os outros direitos.

Este modelo interage bem com a questão do perigo, no sentido em que postula a ideia de impossibilidade de gestão do risco de violação, reafirmando a tutela da dignidade da pessoa humana a esse nível antecipatório, situando a violação num círculo exterior, mais alargado relativamente ao núcleo central de proteção, no qual se detete vivamente, como aqui ocorre, a relativização dos valores base, por via da colocação destes numa situação de insegurança existencial — de perigo — com a qual — com o qual — a natureza de princípio estruturante da nossa ordem constitucional da dignidade da pessoa humana não suporta conviver.

Matthias Klatt e Moritz Meister exemplificam este modelo de tutela recorrendo à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Chahal c. Reino Unido* (queixa n.º 22414/93), decidido em 15/11/1996. Neste, o mero risco da expulsão de uma pessoa para um país onde não fosse segura a exclusão da possibilidade de sujeição a *tratamentos cruéis* — em que não fosse seguro inexistir a possibilidade de ocorrer violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (proibição da tortura) —, já equivalia a essa violação (a proibição da tortura situa-se no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana), bloqueando a análise de contra-argumentos relacionados com a imputação de atividades terroristas ao requerente [cfr. os pontos 79/81 da Sentença, culminando no ponto 82: “[d]aí [da existência do mero risco de colocação em perigo dos valores subjacentes ao artigo

3.º da Convenção] *que não tenha o Tribunal, sequer, que entrar na consideração das alegações do Governo, não estabelecidas mas seguramente efetuadas de boa fé, quanto às atividades terroristas do requerente e à ameaça que ele representa para a segurança nacional*” (cfr. *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., pp. 32/33)].

2.2.2. Importa retornar à ideia, já antes aflorada em diversas passagens deste voto, quanto à ligação do elemento *perigo* à intensidade da tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, decorrente do seu carácter absoluto. Ora, sendo certo que o princípio expresso no artigo 1.º da CRP constitui um elemento central, verdadeiramente arquetípico, da nossa ordem constitucional, existe no nosso texto da Constituição, na concretização deste princípio no domínio da procriação assistida, uma referência expressa, um elemento adicional carregado de significado. Referimo-nos à cominação pelo legislador constitucional, que empreendeu a quarta revisão de 1997, da obrigação de *salvaguarda* (que etimologicamente significa: *proteger, defender, livrar de perigo*) *da dignidade da pessoa humana*, no quadro da regulação da procriação assistida, na alínea *e*) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP, uma opção que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, caracterizando um dos aspetos centrais da quarta revisão, qualificam como “[...] *positivação da constituição biomédica* [...]” (*CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 36).

Trata-se de uma incidência que reputamos de muito significativa, no sentido em que nela sedeamos um tipo de tutela alargada ao perigo, dirigida a situações nas quais, a existência de alguma ambiguidade do elemento *degradação* não afaste, todavia, a presença de uma situação cuja materialização esteja objetivamente assente em fatores que revelem *instrumentalização, coisificação* e redução de uma pessoa à condição de meio dos fins de outrem. Todas estas incidências se encontram no âmago dos perigos éticos envolvidas na biotecnologia aplicada à reprodução humana, domínio no qual o *imperativo tecnológico* (“o que pode ser feito deve ser feito”) não pode guiar, à margem de outras considerações, as opções legislativas (Sidney Callahan, “The Ethical Challenges of the New Reproductive Technologies”, cit., p. 81).

Vale neste plano, acrescidamente — e cremos ser essa a mensagem normativa presente na alínea *e*) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP — a ideia de cautela, o que podemos identificar como *princípio da precaução* (cfr. Alain Pottage, “The Socio-Legal Implications of the New Biotechnologies”, in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, 2007, p. 333), retirado (*rectius*, subtraído) este princípio, como modelo de decisão legislativa, do âmbito técnico em que se forjou e é normalmente feito atuar — paradigmaticamente o do direito do ambiente (é ao uso do modelo nesse específico domínio que se referem as críticas de Cass Sunstein, *Laws of Fear*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2005).

Trata-se aqui de afirmar uma outra visão desse modelo — de um uso fora desse contexto tão particular — assente na transposição da ideia de precaução para um quadro de defesa antecipatória requerido pela natureza única do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto verdadeiro “arquetipo” central do nosso modelo constitucional — usamos aqui a ideia de “arquetipo” com o mesmo sentido de Jeremy Waldron: “[*q*]uando uso o termo «arquetipo», refiro-me a uma disposição particular num sistema de normas que tem um significado que vai além do seu conteúdo normativo imediato, uma significação que deriva do facto de ela resumir ou tornar vivo, para nós, o sentido, o propósito, o princípio ou a política de toda uma área do direito”

[“Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House”, *in Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6 (Oct., 2005), p. 48].

É à luz desta construção que entendemos — e subscrevemos — a advertência formulada por Rui Medeiros, em anotação à alínea *e*) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP, quanto ao sentido da expressa opção constitucional de sinalizar, quanto à procriação medicamente assistida, a *salvaguarda* da dignidade da pessoa humana: “[...] *independentemente da controlabilidade dos juízos de prognose do legislador democrático, afigura-se duvidoso que, em domínios tão sensíveis num Estado de Direito, em que uma disposição legal pode abrir a porta a soluções suscetíveis de comprometer irremediavelmente o respeito pela dignidade de toda e qualquer pessoa humana, não se impusesse justamente, porventura em nome de uma ideia de prevenção ou de precaução, um ‘strict scrutiny test’* [...]” (Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Lisboa, 2017, p. 988).

2.3. São estas, no essencial, as razões que me afastaram, não obstante o que referi nos pontos 1.1., 1.1.1. e 1.1.2. deste voto, da posição com base na qual se formou a maioria que originou o pronunciamento decisório do Tribunal.

Dirirjo desta, essencialmente — e trata-se de um aspeto não circunstancial quanto à fundamentação, embora com escasso reflexo nas normas efetivamente invalidadas —, da leitura que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente na sua referenciação no artigo 67.º, n.º 2, alínea *e*), da CRP, é feita, quanto à existência da figura da *gestação de substituição*, definida nos termos gerais previstos no n.º 1 do artigo 8.º da LPMA (norma que o juízo do Tribunal mantém), e depois concretizada nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo (só consequencialmente invalidadas) e, bem assim, nos n.ºs 4 a 12 (só parcialmente invalidadas e com base em parâmetros que aceito, mas que não abarcam o problema que, a montante, identifico).

Reconheço que o presente Acórdão, numa argumentação poderosa e cheia de rigor, atribuiu à dignidade da pessoa humana um *sentido substancial*, não construindo a sua argumentação — e estou a citar o voto de vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral no Acórdão n.º 101/2009 — “[...] *a partir da ausência (e não da necessária presença)* [de um] *sentido substancial*”.

O problema que me interpela nesta situação, e que está na raiz da minha divergência, é o *sentido substancial* aqui alcançado, na sua relação com a questão da *gestação de substituição*, sentido esse no qual não encontrei espaço de acomodação da posição que sustento.

Creio — e cito Paulo Otero (“A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição”, *in Direito & Política*, n.º 01, outubro — dezembro, 2012, p. 91) — que “[*n*]uma temática delicadíssima como a maternidade de substituição, é sempre possível manter a porta fechada, nunca se consegue, todavia, mantê-la entreaberta — a dimensão ética do problema aconselha a que a porta esteja fechada e a dimensão jurídica recomenda-o, vivamente”.

José António Teles Pereira

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Voto o juízo de inconstitucionalidade constante da alínea *e*) da Decisão, que versa as normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida (PMA) com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou

à gestão de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Todavia, e no que se refere aos dadores, não acompanho a fundamentação em que se alicerça maioritariamente a decisão, pois considero que a referida dimensão normativa é inconstitucional com fundamento em parâmetros distintos, nomeadamente, por violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição), em conjugação com os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, pelas razões que passo sumariamente a enunciar.

2. Salvo no que se refere à gestão de substituição (admitida apenas com as alterações introduzidas na LPMA em 2016), a normação sobre a confidencialidade quanto aos participantes em processo de PMA como dadores face aos nascidos em consequência de um tal processo, é a mesma que foi sindicada pelo Acórdão n.º 101/2009, igualmente em fiscalização abstrata sucessiva. Negou então o Tribunal a violação do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição) e, bem assim, a violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição), em relação às pessoas nascidas a partir da utilização de técnicas de PMA heteróloga, ponderando que o dever de sigilo consagrado pelo legislador resulta atenuado pela possibilidade de acesso pelo interessado, através da CNPMA, a todos os dados de natureza genética (excluindo a identidade do dador), e que a limitação à revelação dos dados de identificação do dador, decorrente da imposição de prévia autorização judicial, encontra justificação na preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, não constituindo restrição excessiva nem discriminação arbitrária, merecedora de censura à luz do princípio da igualdade entre cidadãos.

A posição que fez vencimento afasta tal entendimento, desvalorizando, quer o risco de afetação da *paz familiar* e dos laços afetivos que ligam os membros de uma família, quer o risco de redução importante do número de dadores - ambos reconhecidos na anterior pronúncia do Tribunal -, os quais não considera idóneos a justificar o regime de *anonimato mitigado* consagrado pelo legislador, impondo-se, antes, como *regime-regra*, a atribuição ao nascido por processo de PMA do direito de ser informado da identidade dos dadores sempre que o solicitar. É deste percurso fundamentador que divirjo, pois acompanho no essencial a motivação exarada no Acórdão n.º 101/2009.

3. Com efeito, entendo que a avaliação prudencial de tais riscos — reais e que não se vê minorados no contexto social português, em particular a redução do número de dadores nacionais, que se mantém muito baixo — está contida na margem de apreciação do legislador democrático, legitimando, perante o conflito de interesses ou valores constitucionalmente tutelados em presença, que se adote solução de equilíbrio ou de concordância prática, através da estipulação que o *regime-regra* seja o do sigilo mitigado quanto à identidade dos dadores.

Acresce que, pese embora não sejam conhecidas decisões judiciais proferidas no âmbito de processo instaurado ao abrigo do n.º 4 do artigo 15.º, certo é que, como se afirmou no Acórdão n.º 101/2009, as razões oferecidas pelo interessado não poderão deixar de merecer peso tendencialmente prevalecente na apreciação concreta do caso, à luz do direito fundamental à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, designadamente quando não haja oposição do dador ou este não

consubstancie perigo de lesão para os seus direitos fundamentais com a pretendida revelação (v. RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Ed., 2010, pp. 610-1611, sustentando que o preenchimento da cláusula geral deveria merecer uma *interpretação conforme* ao direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas). Assim entendido, o sistema instituído não se afigura menos eficaz, à luz do direito ao conhecimento das origens, que outro, assente na regra de acesso ao conhecimento dos progenitores, mas cujo desfecho fique dependente da audição (e eventual oposição) dos dadores visados.

Ademais, não creio que os dados de direito comparado, mormente a evolução sentida na Europa após a prolação do referido aresto, em 2009, assumam o relevo e a conclusividade que se lhes atribui. Afinal, a opção pela confidencialidade persiste adotada em diversos ordenamentos jurídicos, *maxime* em ordenamentos de Estados cujo tecido social nos é mais próximo, como é o caso da Espanha e da França. Note-se, ainda, que o Reino Unido, ao abandonar a opção pelo anonimato (entenda-se, o anonimato absoluto, que as normas sindicadas não consagram), acautelou a segurança jurídica dos dadores que fizeram a respetiva dádiva de gâmetas ou de embriões antes de 1 de abril de 2005 e que não dispensem expressamente o anonimato: para esse universo de sujeitos, a regra permanece o do sigilo quanto à respetiva identidade.

4. O problema coloca-se em termos distintos quando considerado o sigilo que cobre a identidade da gestante de substituição. Trata-se, aí, de anonimato absoluto, sem qualquer margem de ponderação, mostrando-se efetivamente desproporcionada tal restrição dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade do nascido por via de tal processo. A necessidade de tutela da paz familiar que se pode colocar neste plano é significativamente inferior à que se regista relativamente ao dador, sendo de realçar os estudos suportam a muito maior frequência com que a intervenção da gestante de substituição é revelada às crianças pelos pais (o que pode estar associado à evidência social de que a mãe não esteve grávida ou de a gestação de substituição recair em membro da família), ao mesmo tempo que afastam receios de alteração dos laços afetivos preestabelecidos ou de confusão na criança sobre os papéis parentais (cfr. v. JADVA, S. IMRIE e S. GOLOMBOK, “Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child”, *Human Reproduction*, Vol. 30, N.º 2, pp.373-379, 2015; doi:10.1093/humrep/deu339).

5. Dito isto, os requerentes não se limitaram a pretendida declaração de inconstitucionalidade na restrição dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade do nascido por via de PMA heteróloga: convocaram igualmente as recentes alterações à Lei da Adoção à luz do princípio da igualdade, problema naturalmente não apreciado no Acórdão n.º 101/2009, dada a superveniência das alterações referidas.

De facto, o regime da adoção assume proximidade com a problemática em apreço pois, tal como acontece com a PMA heteróloga, a filiação não assenta no biológico. Coloca-se, então, perante um e outro grupo de sujeitos (adotados e nascidos por processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões), em termos comparáveis, o problema do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

Com efeito, no regime da adoção vigente, o artigo 1990.º-A do Código Civil, introduzido pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, garante às pessoas adotadas

o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos definidos pelo diploma que regula o processo de adoção. Este, aprovado pela mesma Lei, contém no artigo 6.º as condições e limites para tal informação, cometendo no n.º 1 aos organismos de segurança social o dever de prestar os dados sobre a identidade, as origens e os antecedentes do adotado, mediante solicitação expressa do adotado com igual ou superior a 16 anos (em caso de requerente menor, condicionado a autorização dos pais adotivos ou do representante legal e com apoio técnico obrigatório). Nenhuma outra exigência incide sobre o adotado requerente, o qual não carece de se dirigir a juízo ou de apresentar motivação para o efeito lhe ser revelada a identidade dos seus progenitores.

A consagração pelo legislador, no âmbito do regime de adoção, do *regime regra* do acesso ao conhecimento das origens, com referência aos progenitores do adotado, sem impor a este qualquer ónus, contrasta efetivamente com a regra de sigilo, mesmo que mitigado, que subsiste no regime da PMA sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores, criando tratamento diferenciado entre sujeitos em posição comparável, sem justificação material que o legitime.

A circunstância de os adotados, ao contrário dos nascidos por PMA heteróloga, terem visto reconhecido um vínculo jurídico de *filiação natural*, substituído pela *filiação adotiva*, enquanto o dador é originariamente irrelevante para a parentalidade, não torna solvente a diferenciação, à luz do direito fundamental em equação. Mesmo a possibilidade de existir, no caso do adotado, um período de interação com os pais naturais, gerador de memórias, sem paralelo no caso dos dadores em processo de PMA, não suporta, por si só, a desigualdade. Poderá, isso sim, relevar no plano da possibilidade de oposição do dador e da submissão à discricionariedade judicial de casos de conflitos de direito fundamentais.

Assim, entendo que a normação, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto às pessoas nascidas em consequência de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, sobre o recurso a tais processos, e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores, comporta discriminação arbitrária, em violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição), conjugado com os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição.

6. Subscrevendo, pelos motivos referidos, a declaração de inconstitucionalidade das normas contidas nos nºs 1 e 4 do artigo 15.º da LPMA, na parte referida na alínea e) da Decisão, entendo também que a autonomia informativa do dador, valor constitucionalmente tutelado (artigo 35.º da Constituição), e razões de segurança jurídica, suportadas na manutenção de condições favoráveis à doação em Portugal, justificavam que se determinasse a restrição dos efeitos de tal a declaração, ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, de modo a que seja salvaguardado o sigilo (mitigado) que cobre a identidade de quem efetuou a doação de gâmetas ou embriões até à publicação da decisão. Ou seja, quanto às doações efetuadas em momento anterior, a revelação dos dados identificativos do dador não deixaria de ser possível, mantendo-se, porém, sujeita à demonstração em juízo de razões ponderosas para o efeito.

Dada a eliminação das normas declaradas inconstitucionais operada pela eficácia própria da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição), entendo que haverá seguramente dadores que veem agora infirmada a condição de confidencialidade que, frequentemente numa

fase inicial da vida adulta e antes da construção de um projeto familiar próprio, elegeram como indispensável à formação da vontade de fornecerem os seus gâmetas ou embriões, condição essa que consideraram preenchida pelo regime legal instituído, com o reforço de segurança conferido pela sujeição do mesmo à sindicância do Tribunal Constitucional. A desconsideração da posição de tais sujeitos comporta riscos importantes para o sucesso de futuros apelos à doação, comprometendo a própria procriação heteróloga com recurso a dadores nacionais.

Fernando Ventura

DECLARAÇÃO DE VOTO

A.

1. Votei a decisão, nas suas alíneas *a)*, *b)*, *c)*, e *d)*, e no geral, a fundamentação (embora com algumas divergências, abaixo indicadas).

2. Fiquei parcialmente vencida quanto à alínea *e)* (sigilo relativamente a pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, sobre a identidade dos dadores), por me ter afastado da solução de inconstitucionalidade proferida nesta parte.

3. Fiquei, ainda, parcialmente vencida, quanto à alínea *g)* (efeitos da declaração de inconstitucionalidade), por haver defendido que a limitação de efeitos deveria ter sido ainda estendida à alínea respeitante ao sigilo acima referida (alínea *e)*), na parte relativa à identidade dos dadores que hajam procedido a dádiva antes desta decisão.

B.

1. Começo por afirmar que aceitei a linha argumentativa do Acórdão que afastou a violação da Constituição quanto à admissibilidade da gestação de substituição, quando em si mesma considerada. Limitei-me a rejeitar algumas soluções legislativas concretizadoras, acompanhando o Acórdão, sem que, com isso, haja afastado a admissibilidade constitucional desta especial técnica de procriação medicamente assistida (PMA).

Assim sendo, concordei com a solução vencedora plasmada no Acórdão quando refere, por exemplo, que a consagração da gestação de substituição no artigo 8.º da LPMA, *por si só*, para concretizar um projeto parental, “não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução”, não viola o dever de proteção da infância (artigo 69.º da CRP), e, ainda, “só por si, este modo de procriação não colide com o conceito constitucionalmente adequado de família”, pelo contrário, é seu “fator de dinamização” quando, por razões de saúde, não era possível estabelecer vínculos de filiação.

2. Não acompanhei, contudo, na sua plenitude, a fundamentação, em especial na parte em que, a propósito da caracterização do modelo português de gestação de substituição (por exemplo, ponto 27), se qualifica a intervenção do legislador, prevendo-a como uma mera opção, já que a este caberia escolher admitir, ou não, a gestação de substituição. Ora, ainda que a decisão considere que esta técnica não deve ser afastada sem razões fortes, porque favorece bens constitucionalmente pro-

tegidos, por isso se admitindo a sua “admissibilidade, de princípio”, não me revejo nessa posição que relega a adoção da gestação de substituição, ou das demais PMAs, para a livre disponibilidade do legislador, assim deixadas ao sabor circunstancial das maiorias.

A meu ver, pelo contrário, a permissão, ainda que condicionada, da gestação de substituição (e, de modo geral, da PMA), mais do que corresponder a uma opção do legislador, é uma solução constitucionalmente imposta, para garantia de bens constitucionalmente relevantes, sempre que tal corresponda a procedimentos que sejam tecnicamente possíveis e não contrários à dignidade humana (o que, para tal, no caso da gestação de substituição, pode exigir a sua indispensabilidade, aqui se sublinhando as razões de saúde, a sua excecionalidade, e garantias de liberdade e da autonomia da gestante, como a gratuidade) para a efetivação do direito fundamental a procriar, a constituir família (artigo 36.º, n.º 1, da CRP), e para realização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade daqueles que assumirão a maternidade/paternidade, mas, também, daqueles que procedem a dádiva, ou da gestante de substituição (artigo 26.º, n.º 1, da CRP). Por isso, diferentemente do que defende o Acórdão (e, antes dele, o Acórdão n.º 101/2009), considero que não há, apenas, uma “admissibilidade de princípio”, mas uma imposição da possibilidade do uso das técnicas de PMA, nelas incluindo a gestação de substituição.

3. Entendo que quando a Constituição estabelece, no artigo 67.º, n.º 2, que incumbe ao Estado regulamentar a PMA salvaguardando a dignidade humana, — a Constituição não só admite a PMA, aí se incluindo a gestação de substituição, como parece querer que tais técnicas sejam contempladas pelo legislador, embora sem que violem a dignidade humana. Caberá, por isso, ao legislador, definir, dentro das possibilidades da técnica, mas também em circunstâncias que preservem a dignidade da pessoa humana, as condições para sua concretização.

Isso não obriga a que Estado admita a PMA e a gestação de substituição como puros métodos alternativos e em quaisquer circunstâncias. Assim, no caso, a liberdade do legislador passará, designadamente, pela faculdade de escolher autorizar a gestação de substituição apenas quando esta seja o único método, por exemplo, por razões de infertilidade, ou por razões evidentes de morfologia/sexo.

Apesar deste entendimento, não acompanho aqueles que defendem que a gestação de substituição deve ser admitida mesmo quando onerosa, por estar em causa o livre desenvolvimento da personalidade da gestante, e dever ser esta decisão expressão plena de autonomia. A questão, no meu entender, não passa por fazer valer a autonomia da gestante a todo o custo (o que levaria a admitir a gestação de substituição, mesmo quando onerosa, enquanto disposição do próprio corpo), mas apenas até onde não choque com a própria dignidade humana, desde logo, com a dignidade da criança.

Creio que pode haver circunstâncias, e a Constituição assim o sinaliza, que obrigam a que não seja admitida — sendo a onerosidade a mais impressiva, por causa da dignidade da criança, que assim seria posta em causa.

Em suma, seria, a meu ver, inconstitucional vedar a gestação de substituição em qualquer caso, embora seja constitucionalmente solvente uma solução legislativa que a preveja, ainda que exigindo condições especiais - como a não onerosidade, — que defendam a dignidade da pessoa humana (da gestante e da criança).

A meu ver, a voluntariedade plena, o ato altruísta, é um dos requisitos que em muito contribui para que se afaste a violação da dignidade humana. Outras con-

dições serão o consentimento livre, esclarecido, livremente revogável, expressão de verdadeira autonomia assim como a subsidiariedade.

C.

Apesar da posição acima assumida sobre a existência de um direito à procriação medicamente assistida e à gestação de substituição, conluo, seguindo a decisão (e fundamentação) maioritária, que algumas soluções jurídicas concretas (fundamentalmente) consagradas no artigo 8.º da LPMA atentam contra a Constituição. Foram essas especiais opções legislativas, amplamente fundamentadas no texto do Acórdão, que foram declaradas inconstitucionais, e não a admissibilidade, em si, da gestação de substituição.

D.

1. Fiquei parcialmente vencida quanto à alínea *e*) da decisão, na parte em que considerou inconstitucional a norma que impõe uma obrigação de sigilo às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso à dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestão de substituição, e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição.

2. Comecei por concordar com o Acórdão quanto ao entendimento da norma, já que considero que nela não se impõe um segredo absoluto, pois resulta claro que esta está dotada de mecanismo judicial de ponderação, aí se estabelecendo que “podem ser ainda obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”.

Mesmo aceitando que a norma impõe uma restrição aos direitos daquele que foi concebido com recurso a técnicas de PMA, entendo, ainda assim, que a solução nela vertida permitia, ainda, encontrar um equilíbrio entre os diferentes direitos afetados dos direitos do dador, dos pais jurídicos, e daquele que foi gerado com recurso à PMA (sem que para este representasse, a meu ver, restrição excessiva), pelo que deveria ter sido mantida, no geral, a jurisprudência deste Tribunal na matéria, vertida no Acórdão n.º 101/2009.

3. Rejeitei que fosse inconstitucional (por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade ou à identidade genética de quem foi gerado), a norma que determina que só pudesse ser revelada a identidade do dador mediante a invocação judicial de razões ponderosas. Todavia, entendi que o legislador deve fixar um regime diferenciado no caso do segredo relativo à identidade da gestante de substituição, razão pela qual subscrevi, nessa parte, a decisão de inconstitucionalidade. A diferença entre as situações encontra fundamento na circunstância de o direito à identidade pessoal, na sua vertente de direito à historicidade pessoal, ao conhecimento das raízes, no confronto com os demais direitos fundamentais em jogo, ser merecedor de grau diverso de intensidade de proteção consoante esteja em causa uma doação de gâmetas ou de embriões, ou o recurso a gestação de substituição.

4. Sublinhe-se, que no caso do uso das técnicas de PMA, a minha divergência quanto à solução de segredo plasmada apenas existe quanto à necessidade de identi-

ficação (no que mais releva, nominativa) do concreto dador, e não já relativamente à inexistência de sigilo quanto ao uso destas técnicas, ou quanto à revelação do património genético, desde que não concretamente referido a uma pessoa que aquele que foi gerado com recurso a PMA possa, por si, identificar.

5. Defendi que, no caso da doação de gâmetas e de embriões, a invocação do direito à historicidade pessoal por quem foi gerado com recurso a PMA carece de densidade suficiente que possa justificar a sua proteção a todo o custo. Não se vislumbra para este direito lesão significativa, excessiva, o que resulta da ausência de interação relacional subjacente ao próprio processo, o que, necessariamente, enfraquece a invocação de uma história em comum. Assim, a meu ver, nestas circunstâncias, a vertente do direito à identidade pessoal daquele que foi gerado com recurso a PMA, que o Acórdão protege, degrada-se num mero direito à curiosidade. E se, noutros campos, o direito à curiosidade pode ser merecedor de proteção — exatamente quando nos confere o direito a conhecer informações que nos respeitam, enquanto exercício de direito à autodeterminação informativa — ele não pode sobrepor-se, sem mais, se as informações em causa respeitam, não apenas ao próprio, mas também a alguém que, em certas circunstâncias, nem poderia contar com a sua revelação. Pelo contrário, a lesão imposta aos direitos do dador ou, inclusivamente, dos pais jurídicos, pela revelação da identidade daquele, pode apresentar consequências fortemente negativas.

Atente-se ainda, que as circunstâncias que justificam este dever de segredo na doação de gâmetas ou embriões não se podem confundir com as que relevam relativamente à investigação da paternidade, ou à adoção, em virtude, desde logo, da diferente densidade do direito à historicidade que está subjacente em cada um dos casos.

A meu ver, a historicidade implica um devir social, relacional: um sujeito, para viver e contar, outro sujeito, para ouvir e conhecer a história (que será o interessado, a criança gerada). Na doação não se estabelece esse relacionamento social. Não há um viver e um contar. A doação anónima não tem história que o relacione com quem vem a ser gerado. É um contributo fundamentalmente biológico, assente na técnica, ausente de relacionamento social.

Por isso, quem é gerado não tem de saber a identidade de quem doa. É excessivo que tal se exija a quem doa (e, mais ainda, que se exija a quem anonimamente doou, que se veja, agora, devassado sem que com isso pudesse razoavelmente contar).

Admito que possa ser exigível que se revele àquele que assim foi concebido, mais tarde, e se perguntado, qual foi a sua origem, o método de conceção, as suas características genéticas (como garantia do direito à identidade genética), designadamente para despistar consanguinidade — no fundo, a origem genética, o património genético, no sentido de características -, mas não se justifica, para tal, a revelação da identidade do dador. A identificação, ela mesma perturbadora de direitos do dador, só deve prevalecer em razão de uma historicidade subjacente, e para tal, exige-se, a meu, um passado relacional, social, povoado de memórias que possam condicionar o devir. Ora, na doação não há relação social que justifique a divulgação. E isto justifica suficientemente a distinção face a outras situações em que merece proteção um direito à identidade pessoal na sua vertente de historicidade pessoal, sendo, nalguns casos, a meu ver, imprescindível essa identificação (para definição da paternidade), ou possível (como na adoção), por isso não encerrando esta diferenciação uma violação da igualdade.

Considerarei, por tudo isto, que a solução que impõe a obrigação de que se proceda à identificação dos dadores, no caso da PMA, vai muito além do necessário para

cumprimento, no essencial, do direito à identidade pessoal, ao mesmo tempo que põe em causa outros direitos fundamentais, que confirma de forma excessiva.

6 Por partir da descrita conceção quanto ao direito à historicidade pessoal, defendo uma solução distinta relativamente à gestão de substituição, no que ao segredo respeita. Aí, sim, haverá uma história entre pessoas, tanto mais que a não onerosidade que considere indispensável para tal contribuirá fortemente: haverá um viver para contar.

Comparado com a doação de gâmetas e de embriões, o direito à historicidade pessoal, no que à intervenção da gestante de substituição na gestação e no nascimento diz respeito, é merecedor de diferente valoração, o que se reflete na solução que preconizo para a questão da constitucionalidade da norma respeitante ao sigilo nesse contexto. Por ser assim, subscrevi a decisão de inconstitucionalidade nessa parte.

Ao contrário do que defendi no caso da dádiva de gâmetas ou embriões, entendendo que, no recurso à gestação de substituição, o direito à historicidade pessoal é dotado de densidade suficiente, integrando a possibilidade de se conhecer a forma como se foi gerado, e, por isso, a circunstância da utilização de uma gestante de substituição, mas deve, ainda, incluir a possibilidade de se conhecer a identidade da gestante, sem necessidade de invocação de especiais razões. Neste caso, quer em virtude da ligação gestacional, estável e duradoura, existente entre a gestante e a criança, quer em resultado da inevitável ligação daquela com aqueles que para a criança desenharam um projeto social de parentalidade, resulta claro que a história pessoal desta, fundamental à construção da sua identidade, não pode deixar de compreender a informação sobre estas relações, incluindo o conhecimento da identidade da gestante. Nestes casos, a não divulgação pode traduzir uma importante lesão de um verdadeiro direito à historicidade pessoal que outros direitos dos pais jurídicos e dos dadores (como a reserva da intimidade da vida privada e familiar) não poderão justificar.

7. Em suma, dissenti da alínea *e*) da decisão, na parte em que sustenta que o regime de sigilo quanto aos dadores, até agora em vigor, impunha uma restrição desproporcionada dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa gerada com recurso a PMA. Uma tal posição não impediu que houvesse considerado acertada a decisão de inconstitucionalidade do Acórdão quanto ao segmento da norma respeitante ao sigilo relativamente àquele que foi gerado com recurso a uma gestante de substituição.

E.

1. Tendo embora subscrito a decisão da alínea *g*), na parte em que esta determina, ao abrigo do artigo 282, n.º 4, da CRP, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas *a*),

b) e *c*) não se aplicam aos contratos de gestação de substituição já autorizados pelo CNPMA em execução dos quais tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida, votei, também, no sentido da limitação de efeitos da decisão da alínea *e*), que declarou a inconstitucionalidade da norma do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

2. Como atrás se afirmou, votei no sentido da não inconstitucionalidade da norma na parte que impõe uma obrigação de sigilo relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, (especificamente) sobre a identidade dos doadores, no que fiquei vencida. Tendo a maioria decidido no sentido da sua inconstitucionalidade, e em face das consequências que de uma tal decisão advêm para as situações constituídas antes desta, não podia deixar de me pronunciar, veementemente, no sentido da limitação dos efeitos, nessa parte, que não deveriam abranger o conhecimento por aqueles que foram concebidos por dádiva feita a coberto do regime de confidencialidade (ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicariam aos casos das pessoas geradas com recurso a dador, sempre que a doação tenha sido efetuada até à data da presente decisão), por considerar que tal se imporia, por imperativos de segurança jurídica. Para tal juízo, creio contribuir a violenta quebra de confiança que se opera relativamente àqueles que procederam a doação ainda num quadro jurídico que assegurava a sua confidencialidade, o que, seguramente, pesou, nessa altura, na sua decisão, regime que, aliás, oferecia já garantias suficientes de proteção em caso de “razões ponderosas”. Tal mudança abrupta pode ter, a meu ver, consequências tremendas, com que não podiam contar os dadores, para o seu direito à autodeterminação relativamente à informação que lhe respeita, para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, para o seu próprio direito à identidade pessoal (já que a definição de quem nós somos resulta, quer do que nos origina, quer, também, do que originamos, ou não) e, sobretudo, para o seu direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Esses reflexos não se circunscrevem aos que derivam do conhecimento da realização da dádiva em si mesma considerada, mas estendem-se aos que resultam do facto de se poder ser pessoal, familiar e socialmente confrontado com uma existência que lhe é devida. Querer minorizar essas consequências para a sua vida pessoal, familiar e social por não estarem previstas para tal dádiva consequências jurídicas ao nível da parentalidade é esquecer, por um lado, que na vida nem tudo se resume ao Direito, e por outro lado, que a Constituição protege essas outras dimensões que são afetadas (mesmo) por consequências não jurídicas resultantes da ausência de confidencialidade relativamente à dádiva. Relembre-se, sobretudo por ser um facto incontornável, que sem essa decisão de doar, - tomada em circunstâncias de garantia de sigilo, e que constituiu, ela mesma uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade por parte do dador, da sua autodeterminação exercida com base nessa garantia -, aquele que agora pode reclamar um direito à curiosidade não existiria.

Acresce que, se é possível admitir que não poderão sentir-se demasiado devassados, por haver sido antecipadamente afastado o sigilo, aqueles que, depois desta decisão, decidam proceder a doação, tendo de passar a contar com o surgimento na sua vida, mesmo que sem vínculo jurídico, de forma que não conseguirão antecipar, de pessoas que ajudaram a conceber, já será, a meu ver, absurdamente pesado impor uma tal solução a quem se dispôs a dar de si, de forma totalmente livre de qual qualquer amarra, mesmo que não jurídica, em virtude das garantias de sigilo então em vigor. As diferentes circunstâncias da doação deveriam determinar um diferente equilíbrio, obrigando a distinguir direitos de reserva dos dadores e direitos de conhecimento dos gerados por dádiva, em função do segredo em vigor ao tempo da doação. Assim sendo, defendi que se limitassem os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

3. Considero, aliás, que o levantamento do sigilo na dádiva de gâmetas ou embriões, em nome de uma defesa exacerbada de um direito à curiosidade, poderá abrir uma caixa de Pandora com consequências galopantemente gravosas para os direitos dos dadores, com reflexo especial, por força desta decisão do Tribunal, e da recusa de limitação dos seus efeitos, para o caso daqueles que doaram, ainda, em situação de anonimato reconhecido (e, porque não, a reflexão acerca das consequências para aqueles que receberam a doação, na convicção da manutenção desse mesmo anonimato, pelo desejo de evitar a interposição de uma outra história pessoal, implicando (legítimos) deveres e direitos de outrem). Afinal, os dadores, mais cedo ou mais tarde, poderão, também, vir a ser confrontados pela possível aspiração daqueles que, gerados com recursos à sua dádiva, e mesmo (ainda) sem consequências jurídicas (paternidade), queiram não apenas conhecer a identidade do pai/mãe biológico, mas, também, que a sua identificação esteja (um dia) publicamente disponível (e ainda que não correspondendo à parentalidade jurídica/social), designadamente, mas não necessariamente, nas situações de monoparentalidade. Embora não seja essa a questão aqui em causa, e não cumpra decidi-la, é fácil antecipá-la, e, a meu ver, impossível deixar de a ter em conta quando se pondera a questão do sigilo relativamente àqueles que doaram gâmetas ou embriões na expectativa da confidencialidade da dádiva.

Catarina Sarmento e Castro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Parcialmente vencida quanto às alíneas e) e g) pelas seguintes razões essenciais:

Tal como a posição que fez vencimento, considero, em linha com a orientação perfilhada já na jurisprudência deste Tribunal, que o *direito à identidade pessoal*, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, contempla o *direito à historicidade pessoal*, abrangendo este, no caso das pessoas nascidas com recurso a técnicas de PMA heteróloga, o *direito ao conhecimento da identidade genética*, enquanto direito ao conhecimento da identidade daqueles cujo material genético integra a constituição genómica da pessoa nascida, e, no caso das pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, o *direito ao conhecimento da identidade epigenética*, enquanto o direito ao conhecimento, em toda a sua integralidade, do processo ontogenético que antecedeu o respetivo nascimento.

Em inteira sintonia com a posição maioritária, partilho igualmente do entendimento segundo o qual, consistindo a *identidade pessoal* «no conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais», o conhecimento tanto da *ascendência genética* como da *herança epigenética* constitui um pressuposto inarredável da possibilidade de autodefinição da identidade própria daquele que nasce com recurso às referidas técnicas médicas, proporcionando-lhe o conhecimento da sua verdade biográfica e permitindo-lhe alcançar, através da descoberta daquelas suas origens, «pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica», indispensáveis à auto compreensão, em todas as dimensões que a integram e codeterminam, a sua condição de ser único e irrepetível.

Em linha ainda com a posição que obteve vencimento, considero também $\frac{3}{4}$ e de modo determinante $\frac{3}{4}$ que, pressuposta necessariamente a inexistência de um qualquer *dever de revelação* a cargo dos progenitores, caberá sempre a cada pessoa interrogar-se sobre a sua própria identidade e, em caso de dúvida, tomar a iniciativa

de procurar esclarecê-la através do recurso aos mecanismos que para o efeito lhe devem ser disponibilizados.

Ora, é justamente no que diz respeito à *natureza* e à *amplitude* dos mecanismos de acesso à informação relativa à identidade dos doadores de gâmetas ou embriões e/ou da gestante de substituição, que me distancio da posição que obteve vencimento.

Da consagração do direito à identidade pessoal, enquanto direito de cada um a «conhecer a forma como foi gerado», decorre para o legislador a proibição de instituir um sistema que vede ao interessado a possibilidade de conhecer, *pelo simples facto de o desejar*, a sua origem genética e/ou epigenética.

Porém, ao contrário da maioria, não creio que a salvaguarda de tal direito imponha ao legislador a obrigação de assegurar que o acesso à referida informação, ainda privativo do interessado, possa fazer-se por *todos e qualquer um* dos meios através dos quais aqueles elementos podem ser obtidos, designadamente por mera interpeleção de quem quer que, «por alguma forma» $\frac{3}{4}$ direta, fortuita ou acidental $\frac{3}{4}$ tiver tomado «conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos» (n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho).

Pelo contrário: considerado o carácter pessoalíssimo e reservado da informação a prestar e a conseqüentemente necessidade de confirmação da identidade daquele que se apresenta a solicitá-la, entendo nada haver a censurar na opção por um sistema que, ao invés de liberalizar (ou até mesmo trivializar) os mecanismos de revelação $\frac{3}{4}$ permitindo que os elementos relativos à identidade dos doadores do material genético e/ou da gestante de substituição possam ser *informalmente* obtidos, em todo e qualquer contexto, junto de toda e qualquer pessoa que, independentemente da sua qualidade ou condição (médico, biólogo, assistente administrativo, técnico informático, etc.), aos mesmos tiver por qualquer forma acedido $\frac{3}{4}$, se baseie na exigência de um *processo de divulgação* padronizado, que suponha a intermediação de um órgão público.

Assente que se trata do exercício de um *direito potestativo* ao conhecimento das origens, não creio igualmente que a Constituição vede ao legislador a possibilidade de cometer tal tarefa aos tribunais, prevendo, no âmbito da jurisdição não contenciosa, mas voluntária, uma providência expedita e simplificada, integrada pelas formalidades mínimas necessárias a garantir, designadamente através da confirmação da identidade do requerente, a probidade de todo o processo de divulgação.

São estes, no essencial, os motivos pelos quais cingiria o juízo de inconstitucionalidade formulado na alínea e) à norma constante do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, considerando-a incompatível com os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões e/ou gestação de substituição, *apenas* na medida em que, por um lado, coloca na dependência da demonstração de *outras razões* $\frac{3}{4}$ suplementares e adicionais à mera vontade de conhecer o modo como foram geradas $\frac{3}{4}$ a relevação da identidade dos dados, e, por outro lado, exclui do âmbito das informações disponibilizáveis o conhecimento da identidade da gestante de substituição.

Por último, e à semelhança do que ocorreu no Reino Unido aquando da abolição da regra do anonimato (*Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*), colocaria o juízo de inconstitucionalidade assim formulado sob incidência da limitação de efeitos fixada na alínea g), por considerar que o regime consagrado no n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, ao exigir a demonstração de *razões ponderosas* para a relevação da

identidade dos participantes, embora consubstancie uma restrição desproporcionada dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida, não atinge ou posterga tais direitos em termos tais que imponham a desconsideração absoluta das expectativas daqueles que efetuaram a doação de gametas ou embriões, confiando legitimamente que apenas sob verificação daquele pressuposto a sua identidade poderia ser revelada.

Joana Fernandes Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei favoravelmente, na sua totalidade, nos seus precisos termos e com todos os fundamentos aí apontados, a declaração de inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11 e 12 do artigo 8.º, dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º e dos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 39.º, todos da Lei n.º 32/2006, de 26 julho.

Deixo claro que o meu voto censura, para além das disposições explicitamente declaradas contrárias à Constituição, a gestação de substituição, em si mesma, enquanto conceito e enquanto técnica de procriação medicamente assistida: tenho-a por violadora da dignidade da pessoa humana — além de perigosa, na perspetiva da reprodução humana; opinião que sustento, além do mais, numa valoração de interesses, que coloca em primeiro lugar os da criança, em segundo os da gestante e em último os dos beneficiários.

Não se me afigura que o paralelo estabelecido no texto do acórdão com a procriação medicamente assistida o seja plena e efetivamente, consideradas as relevantes especificidades da gestação de substituição. Esta, em meu entender e considerado o quadro legal vigente, concretiza ou aprofunda uma alteração de paradigma que tenho por inaceitável, na medida em que, para além de todos as deficiências de construção jurídica justamente apontadas no texto do acórdão, degrada uma questão fundamental para a sobrevivência da espécie humana — a reprodução - num assunto exclusivo das mulheres. Não que tal me surpreenda, uma vez que a deriva já fora iniciada, lamentavelmente, pela lei da procriação medicamente assistida, com a sua menção à «tutela da liberdade e autonomia da mulher que quer ser mãe».

Certo é que, diga o direito o que disser, omita o que omitir, a conceção de uma criança sem pai é tão absurda como a de uma criança sem mãe. E se, como mero exercício especulativo, admitíssemos tal possibilidade, então colidiríamos de frente com a Lei Fundamental.

Na verdade, independentemente de a nossa Constituição poder suportar vários tipos de família, resulta claro do n.º 1 do artigo 68.º que todos os filhos têm mãe e pai. Melhor dito: resulta da natureza da espécie humana que todos os filhos têm mãe e pai, evidência que a Constituição se limita a reconhecer e proclamar.

Não questiono a legitimidade de pensar diferente. Nem ponho em causa as intenções, que acredito generosas, dos que assim pensam. Mas creio que a reprodução humana é um assunto demasiado sério para ficar na dependência de manipulações tecnológicas de consequências imprevisíveis. Manda o princípio da precaução que, pelo menos enquanto se mantiverem por esclarecer as interrogações, dúvidas e problemas que suscita, a gestação de substituição seja rejeitada, por inconciliável com a Lei Fundamental. Tal juízo é partilhado pela larga maioria das ordens jurídicas que nos são mais próximas, que também a não admitem. Estamos, pois, em boa e avisada companhia.

João Pedro Caupers

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em relação à declaração de inconstitucionalidade das disposições constantes do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto), voto a decisão, mas com um âmbito distinto, na medida em que entendo que a declaração de inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da referida Lei, tem por consequência, não só a inconstitucionalidade do n.º 7 do artigo 8.º, mas também a inconstitucionalidade da última parte do n.º 1 do artigo 8.º, na qual se consagra uma renúncia antecipada da gestante aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Voto vencida em relação à declaração de inconstitucionalidade do artigo 15.º, n.º 1 e n.º 4, no que diz respeito ao regime de confidencialidade dos dados de gâmetas, por entender que a solução normativa consagrada na lei se situa dentro da margem de conformação do legislador democrático e não viola o princípio da proporcionalidade.

Gestação de substituição

Em relação à constitucionalidade das normas relativas à gestação de substituição, voto a decisão, mas com um âmbito e fundamentos, nalguns aspetos, distintos.

A gestação de substituição, como ato de generosidade e de solidariedade de uma mulher para com outra mulher, na situação descrita no n.º 2 do artigo 8.º, não viola a dignidade humana da grávida, do casal infértil nem da criança que vier a nascer, como se entendeu no acórdão, devendo ser particularmente rigoroso, contudo, o controlo prévio da gratuidade e da relação de amizade/confiança entre a gestante e os beneficiários, não sendo suficiente, para prevenir a comercialização, a criminalização *a posteriori* consagrada no artigo 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

O direito da família é o ramo do direito civil mais marcado pelo fenómeno da «constitucionalização» do direito privado, no sentido em que muitas das suas normas são a expressão de princípios e normas constitucionais, como é o caso do princípio da igualdade dos cônjuges, dos direitos-deveres que integram o conteúdo das responsabilidades parentais, da proteção da adoção e da proteção da infância.

Por outro lado, o direito dos contratos, sendo por excelência aberto à autonomia privada e à liberdade contratual, contém normas e princípios que constituem o reflexo de normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, admitindo-se promessas unilaterais livremente revogáveis e contratos em que uma das partes tem a opção de revogar o seu consentimento. Os chamados «negócios de personalidade» ou «negócios pessoalíssimos» são válidos mas têm um regime jurídico particular, que se caracteriza pela irrenunciabilidade dos direitos de personalidade a par da possibilidade de restrição do exercício desses direitos através do consentimento informado, mas livremente revogável, isto é, estes contratos não são suscetíveis de execução específica contra a vontade do titular do direito. Em consequência, o consentimento para a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade fundamentais deve ser atual, isto é, verificar-se no momento da lesão, sendo inválida a renúncia antecipada aos mesmos.

A execução específica do contrato de gestação, permitindo aos beneficiários intentar um processo de entrega judicial da criança (artigos 49.º-50.º da Lei 141/2015, de 8 de setembro) e apresentar uma queixa crime por subtração de menores (artigo 249.º do CP) contra a gestante, que se recusasse a entregar a criança, no momento do nascimento, seria particularmente gravosa para aquela e um desrespeito pela dignidade e direitos fundamentais de uma pessoa que se moveu por motivos altruísticos.

O contrato de gestação de substituição é um negócio jurídico único, pelo esforço físico e psicológico necessário para levar a gravidez até ao fim, incidindo, portanto, sobre direitos de personalidade fundamentais da gestante. Este contrato repercute-se no estado das pessoas e nos seus direitos familiares pessoais, tradicionalmente reconhecidos e moldados por normas imperativas, em que era excluído o papel da autonomia privada. O estabelecimento da filiação sempre correspondeu a interesses de ordem pública, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (*vide*, entre outros, o Acórdão n.º 401/2011).

A liberdade de constituir família e de estabelecer com a criança gerada o vínculo jurídico de maternidade constituem direitos fundamentais da gestante, aos quais esta, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, renuncia voluntariamente antes do início dos processos terapêuticos necessários para a gravidez. Contudo, a tutela constitucional dos direitos fundamentais exige que este consentimento seja atual, *in casu*, prestado em momento posterior ao do parto, dentro de um prazo a definir pelo legislador (por razões de segurança jurídica e de proteção da infância), não sendo constitucionalmente conforme a norma que prevê a renúncia antecipada e irrevogável a estes direitos, isto é, prestada em momento anterior ao da gravidez, conforme estipula o legislador no artigo 8.º, n.º 1, *in fine*, em conjugação com o artigo 8.º, n.º 7, ambos da Lei n.º 25/2016. Em consequência, reputo também de inconstitucional a última parte do n.º 1 do artigo 8.º, por violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante e do direito de estabelecer com a criança que gera o vínculo jurídico de maternidade. É certo que esta solução limita a eficácia dos contratos de gestação de substituição do ponto de vista dos interesses, direitos e expectativas dos beneficiários, mas é aquela que, sendo constitucionalmente exigida para a renúncia aos direitos de personalidade, deve valer também para a renúncia a direitos fundamentais pela gestante, sobretudo, porque estes direitos familiares se referem a um domínio — o estabelecimento da filiação — avesso à autonomia privada e norteados por princípios de ordem pública, que impedem a negociação do nascimento ou da extinção de vínculos de maternidade ou de paternidade.

Sendo assim, subscrevo a posição do acórdão que fez vencimento em relação à declaração de inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 7, mas entendo que esta acarreta também, por razões de lógica jurídica, a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 1, *in fine*, na parte em que prevê uma renúncia antecipada da gestante aos direitos e deveres próprios da maternidade. É que, se não é constitucionalmente conforme que o estabelecimento da filiação seja automaticamente estabelecido, por força da lei, em relação aos beneficiários, sem possibilidade de revogação do consentimento da gestante, também não será, por identidade de razão, constitucionalmente admissível a renúncia antecipada a direitos fundamentais prevista na parte final do artigo 8.º, n.º 1.

Contudo, o princípio da livre revogabilidade da limitação ao exercício de direitos de personalidade, porque está em causa o estatuto jurídico de uma criança e os seus direitos fundamentais, entre os quais o direito ao desenvolvimento integral (artigo 69.º, n.º 1, da CRP), tem que ter um limite no tempo. Ora, nesta matéria, o acórdão apresenta uma solução que cria insegurança para a estabilidade das relações afetivas da criança, na medida em que a revogação do consentimento tem por referência o momento da entrega da criança, controlado apenas pela discricionariedade da gestante, o que, potenciando que se desenvolvam laços entre a gestante e a criança, por um período temporal longo e indeterminado no tempo, até o conflito ser decidido por um tribunal, gera uma situação traumática para as crianças, que, por decisão judicial, venham a ser separadas da gestante e entregues aos beneficiários.

O consentimento da gestante para a limitação voluntária aos seus direitos de personalidade deve ser atual e, portanto, prestado em momento posterior ao parto e num prazo a estabelecer pelo legislador, por referência ao prazo de seis semanas após o parto de que dispõe uma mulher para consentir, de forma válida e irrevogável, na adoção do seu filho (artigo 1982.º, n.º 3, do Código Civil), o que pressupõe que a maternidade é estabelecida em relação à gestante, no momento do nascimento, e a consagração de um modelo de reconhecimento judicial da parentalidade dos beneficiários («pais intencionais»). Este sistema, em que a parentalidade se estabelece por via judicial (*parental orders*), tem vigorado em Inglaterra, desde 1985, sem riscos, com as gestantes a procederem à entrega das crianças e a consentirem na transferência da parentalidade para os beneficiários (cf. *Surrogacy in the UK: Myth busting and reform, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, November 2015). Não partilho da asserção do acórdão que fez vencimento, segundo a qual a inconstitucionalidade consequente do n.º 7 do artigo 8.º não põe em causa o «modelo português» de regulação da gestação de substituição, pois não é conceitualmente possível um sistema em que a filiação, em relação aos beneficiários, por um lado, seja estabelecida por via legal automática, no momento do nascimento, e, por outro, possa ser extinta pela revogação do consentimento da grávida, passando a vigorar o critério geral da filiação materna (artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil), por força de um ato de vontade unilateral. Também não seria viável que a parentalidade fosse transferida automaticamente da gestante para o casal infértil, por efeito da lei, no momento da entrega, sem um ato de reconhecimento judicial, uma vez que este momento, ficando na discricionariedade da grávida, é incerto, e a incerteza não é compatível com o interesse das crianças e o princípio da estabilidade do estado das pessoas.

Anonimato dos dadores de gâmetas

Votei vencida nesta questão, por entender que a legislação atual, que permite à pessoa concebida por PMA heteróloga, o conhecimento da identidade do dador através da demonstração judicial de razões ponderosas e o acesso à informação de natureza genética do dador, se situa dentro da margem de conformação do legislador democrático, que tem a prerrogativa de avaliar as tradições culturais e a realidade social em que a lei vai ser aplicada, e de definir o que considera a solução mais adequada para resolver, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o conflito aqui presente entre o direito ao conhecimento da identidade genética e os direitos a constituir família do casal infértil e à paz, intimidade e privacidade da vida familiar.

Os argumentos invocados pelo acórdão para justificar a inconstitucionalidade da solução legislativa refletem uma prevalência, não adaptada aos sentimentos destas famílias, da verdade biológica sobre a verdade afetiva e social, tanto mais que a lei define, de forma inequívoca, que um dador não é um pai nem é titular dos direitos e deveres próprios da paternidade. Por outro lado, não vale neste domínio, qualquer analogia com o recente alargamento do direito a conhecer as origens no instituto da adoção, nos termos da Lei n.º 143/2015. É que na adoção o Estado procura pais para crianças que já existem e têm uma história anterior à entrega aos adotantes. As pessoas adotadas, na maior parte dos casos, coabitaram com os pais biológicos, a quem foram retiradas pelo Estado, em processos de promoção e proteção de crianças em perigo, no termo dos quais foi proferida uma decisão de confiança com vista a futura adoção. Mesmo nos casos de consentimento prestado pela mãe para a adoção de uma criança recém-nascida, os pais biológicos fazem parte da sua história, pois o conhecimento dos motivos da entrega pode corresponder a uma necessidade forte

de reconstrução da historicidade pessoal, sem qualquer paralelo ou semelhança com o conhecimento de um dador, que apenas quis com o seu gesto ajudar um casal com problemas de fertilidade e que nunca teve qualquer relação com a criança, nem a entregou ou abandonou.

Não tem valia argumentativa a comparação, feita pelo acórdão que fez vencimento, com a investigação da paternidade, alegando-se que, no caso do direito a conhecer o dador, a informação sobre a identidade deste está disponível e o dador não será havido como pai, enquanto na paralisação da investigação da paternidade após o prazo de prescrição está em causa a proteção da segurança jurídica do pretense pai e da família que entretanto constituiu. Contudo, a regras de prescrição vigentes na investigação da paternidade constituem uma limitação muito mais forte ao direito à identidade pessoal do que o princípio geral do anonimato do dador (com as exceções legalmente previstas), na medida em que o pretense pai teve uma história com a mãe do autor da ação (o filho) e com este, podendo até ter conhecido o filho e estabelecido laços de afeto com este, nos casos de posse de estado. Por outro lado, o dano moral sofrido pelo filho impedido de investigar a paternidade, por não ter no seu registo de nascimento a identidade do seu pai, é inexistente no caso da PMA heteróloga, em que a criança tem sempre, legal e afetivamente, um pai. O argumento retirado do regime de prescrição das ações da investigação da paternidade é válido, mas no sentido inverso ao proposto pelo acórdão: se o Tribunal Constitucional admite a constitucionalidade dos prazos de prescrição para intentar ações de investigação da paternidade, por maioria de razão, devia também admitir a constitucionalidade do sistema atual de anonimato do dador, em que está em causa um indivíduo que apenas quis ajudar no processo de reprodução, mas a quem a lei retira qualquer possibilidade de assumir a paternidade (ou a maternidade, no caso de ser uma dadora), e que nunca teve qualquer relação sexual procriativa com a mãe (ou com o pai) da pessoa concebida com gâmetas de um dador ou dadora. Na ação de investigação da paternidade, está em causa, de forma particular, para além do direito à identidade pessoal do filho no sentido biológico, o direito à historicidade pessoal, bem como um interesse público relevantíssimo: a responsabilização do autor da conceção pelos filhos que gera. Interesse totalmente ausente no caso dos dadores, que o Estado isentou de qualquer responsabilidade parental.

O princípio da proporcionalidade, enquanto instrumento de controlo, assume na jurisprudência do Tribunal Constitucional, um relevo prático distinto consoante as circunstâncias do caso, a natureza dos valores em conflito e a margem de conformação reconhecida ao legislador. A restrição do direito a conhecer as origens em relação ao dador, nos termos da lei, corresponde a uma medida exigida pelo fim — a intimidade da família e o direito a constituir família - e que não ultrapassa uma ideia de justa medida, limitando-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP) e contendo-se na estrita medida das exigências destes.

Deve presumir-se que o legislador, aquando da alteração da lei da PMA para a adequar à evolução social, abrindo o recurso às técnicas reprodutivas à mulher só (Lei n.º 17/2016) e regulando a gestação de substituição (Lei n.º 25/2016), entendeu, de acordo com a sua prerrogativa de avaliação, que a solução vigente, em relação ao anonimato dos dadores de gâmetas, é a mais adequada aos interesses em conflito. Quando está em causa o direito a conhecer as origens, todas as ordens jurídicas aplicam um método da ponderação de bens, encontrando soluções variadas,

todas elas constitucionalmente admissíveis, desde que não impliquem a ablação total do direito.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem sido particularmente restritivo na admissibilidade do direito das pessoas adotadas de conhecer as origens e nunca se pronunciou sobre o regime jurídico de anonimato dos dadores. Se alguma orientação se pode recolher da jurisprudência do TEDH, contrariamente ao afirmado no acórdão que fez vencimento, é a de que este direito ao conhecimento da identidade genética deve ceder perante os direitos dos outros envolvidos à privacidade e à intimidade da vida familiar (cf. caso *Odièvre c. França*).

Já o acórdão n.º 101/2009 chamava a atenção para a diferente extensão do direito a conhecer as origens genéticas consoante o contexto em que se desenvolve a identidade pessoal, defendendo como admissíveis nesta matéria soluções de equilíbrio ou de concordância prática, que salvaguardem a paz e a intimidade da vida familiar. Este acórdão fornece, assim, as bases para que as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal beneficiem de uma proteção constitucional distinta consoante o direito seja invocado no instituto da adoção, na doação de gâmetas para PMA heteróloga ou na ação de investigação da paternidade.

A adoção é um instituto jurídico mais antigo do que o recurso à PMA heteróloga, a propósito do qual se tem estudado a busca da identidade genética: existe prova empírica de que apenas uma minoria de pessoas adotadas procura conhecer a identidade dos pais biológicos e de que o chamado *genealogical bewilderment* não tem validade científica (cf. E. Wayne Carp, *Family Matters, Secrecy and Disclosure in the History of Adoption*, London, pp. 155-157); em Portugal, a segurança social sempre aconselhou os pais adotivos a revelar à criança a sua história e as pessoas adotadas têm, desde a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, o direito a aceder, a partir dos 16 anos, através dos organismos de segurança social, à identidade dos pais biológicos, com apoio psicológico e técnico fornecido pelo Estado. Contudo, esta legislação foi o fruto de uma evolução. Antes de 2015, a identidade dos pais biológicos só podia ser divulgada ao adotado, através da consulta do processo, mediante a comprovação judicial de motivos ponderosos, nos termos do artigo 173.º-B da OTM.

As famílias que recorrem à PMA heteróloga geralmente não divulgam aos filhos o modo de conceção (cf. Rothstein/Murray/Kaebnick/Majumder (edited by), *Genetic Ties and the Family, The Impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press, 2005), devido ao interesse da criança na prevalência da parentalidade social sobre a identidade genética, por falta de apoio dos serviços de saúde para o efeito e porque a cultura dominante estigmatiza o recurso a estas técnicas reprodutivas, podendo a sua divulgação gerar conflitos familiares aos envolvidos. Por outro lado, os Estados receiam que o problema do acesso aos tratamentos de fertilidade se agrave, num contexto mundial em que a procura de gâmetas é mais elevada do que a oferta (cf. E. Ignovska, «Sperm donors as assistants of reproduction in single women», *Global Bioethics*, 2014, vol. 25, n.º 4, pp. 226-238).

É certo que este ambiente cultural tende a evoluir e a atingir-se um estágio em que as técnicas de reprodução assistida ficam inscritas na consciência coletiva como naturais, deixando de ser necessário um princípio-regra de anonimato. Contudo, pertence ao domínio exclusivo do legislador fazer essa avaliação e mudar o sistema, quando entender tal mudança adequada à realidade, mas não ao Tribunal Constitucional, que não pode substituir-se ao legislador nessa avaliação. A comparação com a evolução verificada nos países nórdicos, que revogaram o sistema

de anonimato do dador, não constitui qualquer argumento válido no domínio da apreciação da constitucionalidade das normas, apenas comprova que se trata de matéria da competência exclusiva do legislador democrático que a regula de acordo com a avaliação que faz da sociedade a que se dirige. E, não obstante diferenças culturais entre Portugal e os países nórdicos, mesmo nestes, com uma mentalidade mais aberta em relação à PMA heteróloga, a quebra do anonimato dos dadores, numa primeira fase, provocou uma redução do número de dadores, resultado que pode dificultar, em Portugal, o acesso das pessoas com problemas de fertilidade aos tratamentos a que têm direito.

A esta luz, a opção do acórdão que fez vencimento, de não limitar a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do regime de anonimato dos dadores, ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da CRP, é também problemática, pondo em causa a segurança jurídica e os direitos dos dadores à privacidade e à intimidade da vida familiar, sem que traga qualquer vantagem relevante para as pessoas concebidas por PMA, as quais tendem a valorizar, na sua historicidade e personalidade, sobretudo, o papel dos pais, os únicos com quem têm relações familiares e afetivas, e não o contributo genético do dador.

Já em relação ao anonimato das gestantes, o legislador estipulou um regime de ablação total do direito a conhecer as origens, que não passa o teste da admissibilidade constitucional, como se entendeu no acórdão agora proferido. Neste contexto, o peso do direito da criança a conhecer as origens, no juízo de ponderação no conflito com outros direitos fundamentais, deve ser mais elevado, na medida em que existe uma relação entre a gestante e o feto, durante a gravidez, que torna o contributo daquela para a procriação completamente distinto do contributo dos dadores de gâmetas, tendo o legislador uma margem de conformação menor para a restrição do direito fundamental a conhecer as origens. Em consequência, o regime de ablação total do direito de conhecer a identidade da gestante não é compatível com o artigo 26.º, n.º 1, da CRP, na parte em que consagra o direito à identidade e à historicidade pessoal. Por outro lado, os hábitos das famílias, nos casos em que recorrem à gestação de substituição, são muito diferentes das práticas adotadas em relação à PMA heteróloga. Num estudo feito em Inglaterra, 94,3% das gestantes mantêm contacto com as crianças que deram à luz e 87,3% relataram que os beneficiários tinham intenção de contar à criança a forma como foi concebida, assim como a maioria dos beneficiários (“pais intencionais”) manifestaram vontade de dizer aos filhos que recorreram a esta forma de gestação, fazendo a maioria, efetivamente, esta revelação às crianças em idade pré-escolar (cf. *Surrogacy in the UK: Myth busting and reform, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, November 2015, pp. 20 e 23).

Maria Clara Sottomayor

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencidos quanto às alíneas b) e c) da decisão pelas seguintes razões essenciais:

1. O Tribunal foi chamado a sindicar as normas que admitem o recurso à gestação de substituição, contidas nos vários números do artigo 8.º da LPMA, nos termos das quais foi consagrado pelo legislador o que se designou por *modelo português de gestação de substituição*. Esse sistema normativo decorre de um conjunto de opções do legislador democrático em tema reconhecidamente muito delicado e controverso (nacional e internacionalmente), permeado de questões axiológico-jurídicas

de elevada complexidade e dominado pela difícil harmonização entre os direitos dos intervenientes necessários no processo: beneficiários, gestante de substituição e criança.

O panorama de direito comparado é, de resto, demonstrativo da diversidade de respostas normativas ao problema, como se dá nota na decisão, encontrando-se modelos jurídicos que não só não reconhecem como censuram em qualquer caso a gestação de substituição, outros que a acolhem e disciplinam de modo mais ou menos *ampla e amigável* e, ainda, soluções normativas *intermédias*, nas quais o legislador, perante o feixe de direitos em tensão, procura um ponto de equilíbrio e de distribuição razoável de riscos e sacrifícios, sempre com salvaguarda do superior interesse da criança nascida por via de gestação de substituição. O regime jurídico instituído no artigo 8.º da LPMA procura inscrever-se entre estes últimos.

Tal como consagrado, o sistema normativo instituído pelo legislador nacional baseia-se na combinação de um modelo contratual de gestação de substituição com um modelo de reconhecimento legal da parentalidade. Embora funcionalmente dependentes ou interligados — no sentido em que o estabelecimento da parentalidade pressupõe uma gestação de substituição que tenha tido efetivamente lugar —, tais modelos assentam, porém, em ponderações próprias e autónomas, as quais respondem, por sua vez, a preocupações de natureza ou de ordem diversa. O modelo contratual de gestação de substituição assenta no requisito da convergência formalizada de dois *atos de vontade*, de conteúdo distinto mas não conflituante, pois ambos confluem na concretização de mesmo (e único) propósito: pelo lado dos beneficiários, a vontade de serem pais de um filho geneticamente seu (ou, pelo menos, de um deles), através de uma gestação a suportar pela gestante; e, pelo lado da gestante, a vontade de suportar a gravidez e de dar à luz um filho genético de ambos (ou, pelo menos, de um) dos beneficiários. O acordo de vontades estabelecido entre todos os intervenientes tem, assim, por objeto a gestação no ventre de uma outra mulher de um filho genético dos beneficiários — na hipótese que se perspetiva mais comum, de ambos os beneficiários —, pressupondo e garantindo o legislador que ambas as partes, beneficiários e gestante de substituição, ao prestar o respetivo consentimento para um tal efeito, exercem a sua autonomia volitiva de modo livre e informado, sem vícios invalidantes.

No segmento em que acolhe o modelo contratual de gestação de substituição, o regime consagrado no artigo 8.º da LPMA disciplina os requisitos do consentimento a prestar por todos os intervenientes no processo, enquanto pressuposto ou condição de um acordo válido e eficaz — isto é, de um acordo suscetível de conduzir à aplicação do critério especial de estabelecimento da parentalidade estabelecido no respetivo n.º 7 —, bem como as incidências que possam verificar-se no âmbito do processo de gestação em resultado de uma alteração da vontade inicialmente expressa por qualquer das partes, com reflexos sobre o consentimento prestado: pelo lado dos beneficiários, o propósito de interromper o processo já iniciado e, pelo lado da gestante, a vontade de não suportar — ou de não suportar mais — a gravidez por conta daqueles.

Ao contrário do que é pressuposto pela posição que fez vencimento, o estabelecimento do vínculo de filiação da criança não se encontra *sob incidência* do modelo contratual da gestação de substituição, não sendo afetável, por isso, nos termos em que o pode ser o desenvolvimento do processo de gestação, pela alteração do sentido da vontade inicialmente expressa pelas partes. Com efeito, ao perfilhar, no n.º 7 do artigo 8.º, um modelo do reconhecimento legal da parentalidade a favor dos

beneficiários, a LPMA consagra um critério excecional de estabelecimento da filiação, derogativo do critério geral do estabelecimento da maternidade e da paternidade fixado no artigo 1796.º do Código Civil, aplicável a todos os contratos de gestação de substituição válidos e eficazes. Tal critério — de acordo com o qual «a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários» —, para além de relevar da opção, inerente ao ordenamento jurídico nacional, de cometer à lei a eleição, de entre os configuráveis ou pertinentes no caso, do título de filiação prevalecente, tem subjacente uma ponderação que assenta em dois aspetos essenciais. O primeiro reside no reconhecimento de que o projeto parental subjacente à gestação de substituição, apesar de participado de forma tão altruísta quanto indispensável pela gestante, não é — nem passa a sê-lo por essa razão — *coprotagonizado* por esta: tal projeto assenta na vontade de assumir o papel e o estatuto, de pai ou de mãe, *dos beneficiários*, cujo material genético foi cedido — e só por isso o foi — para permitir a gestação de um filho (também) juridicamente *seu*. O segundo prende-se com a exigência de um vínculo genético entre o concepturo e, pelo menos, um dos elementos do casal de beneficiários, acompanhada da exclusão absoluta da possibilidade de, no caso de ser simultaneamente necessário o recurso à doação de gâmetas femininos, a doação de ovócitos ser realizada pela gestante.

A escolha fundamental a que procedeu o legislador passou, assim, pela adoção de um modelo contratual aliado a uma forte intervenção pública e pelo reconhecimento legal da filiação no momento do nascimento, definidor das responsabilidades parentais na sua plenitude a favor dos beneficiários logo nesse momento, com o ganho de resolver o que se tem revelado ser um dos momentos nevrálgicos (e traumáticos) de todo o processo: a entrega da criança pela gestante de substituição aos beneficiários, especialmente se precedida de uma disputa, decorrente de projetos parentais alternativos.

Ora, a declaração de inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 7 e 8 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, importando que aquela, nos termos gerais, assumia as responsabilidades parentais com o nascimento, atinge um dos principais alicerces do regime e determina o seu colapso. Como se viu, a gestação de substituição, nos termos em que o legislador a admite, tem inerente a opção por um critério de estabelecimento da parentalidade que não assenta no facto natural ou biológico do nascimento (artigo 1796.º n.º 1 do Código Civil), antes na predominante ligação genética com o novo ser, no contexto de um projeto inicial de maternidade e paternidade assumido pelos beneficiários. A possibilidade de revogação do consentimento no momento do parto, tendo em vista a assunção da maternidade pela gestante - tornando *incerta*, por tempo nem sequer antecipável, a filiação da criança nascida -, não só esvazia de sentido a gestação de substituição, como faz depender da vontade da gestante o estabelecimento da filiação, num domínio em que, por força do princípio da indisponibilidade do estado das pessoas e por imperativo constitucional, os vínculos de filiação devem estar previamente determinados por lei.

Mais: a assunção de que assim se dá azo à emergência de conflitos entre a gestante e os beneficiários sobre de quem deve o nascido ser considerada filho ou filha, exigindo o dever do Estado de proteção da criança a abertura da via contenciosa a estes últimos, de modo a que possam obter a transferência da parentalidade em seu benefício, aproximando-se do modelo de emissão em juízo de uma *parental order*, reduz na prática as opções do legislador à via do reconhecimento

judicial da parentalidade pós nascimento ou de *fast-track adoption* (caracterização frequentemente feita do modelo vigente no Reino Unido, v., por exemplo, o “Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States”, do Parlamento Europeu, 2013, p. 58). Por outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade daquelas normas inviabiliza, para futuro, a consagração legal de verdadeiro e próprio regime de gestação de substituição, em contradição com o juízo anteriormente formulado — e a que demos o nosso acordo — de que a existência de um tal regime não é, em si mesmo, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e, nessa medida, tem cabimento constitucional.

2. Ao assim decidir, a maioria incorre, porém, num duplo equívoco.

O primeiro prende-se com a caracterização — e consequente categorização — do modelo de gestação de substituição instituído na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: a posição maioritária não reconhece na opção pelo estabelecimento *legal* de um critério de filiação, nos termos em que o consagra o n.º 7 do artigo 8.º da LPMA, o corolário lógico — nem, conforme adiante se verá, sequer um corolário possível — da *razão de ser* do próprio acolhimento da figura; pelo contrário, assumindo que o consentimento prestado da gestante contempla não apenas a vontade de suportar uma gravidez em favor dos beneficiários, mas *também* a vontade de que a criança que vier a dar à luz não seja tida como sua filha, a posição que fez vencimento considera que aquele consentimento é, neste seu último sentido, constitutivo — ou, no mínimo, co-constitutivo - do vínculo de filiação a que alude o n.º 7 do artigo 8.º da LPMA, preceito ao qual acaba por atribuir, por isso, apenas o significado de eleger ou designar os sujeitos a favor de quem poderá ocorrer a renúncia, por parte da gestante, aos «*poderes e deveres próprios da maternidade*», tida por indispensável para a constituição daquele vínculo.

Essa compreensão do regime consagrado no artigo 8.º da LPMA comporta, porém, uma leitura descontextualizada e teleologicamente desalinhada do segmento final do respetivo n.º 1, cujo resultado é o de colocar sob incidência do modelo contratual da gestação de substituição — e consequentemente, ao alcance dos efeitos associáveis à revogação do consentimento por alteração da vontade da gestante — aspetos que, por contenderem diretamente com o estabelecimento da filiação da criança nascida, foram colocados intencionalmente a *salvo* das vicissitudes da relação contratualmente estabelecida entre as partes - necessariamente contingente e imprevisível —, através da opção por um modelo de reconhecimento legal da parentalidade.

De acordo com o modelo consagrado na LPMA, o vínculo de filiação da criança nascida tem origem na *lei* e não no contrato: apesar de *pressupor* um contrato de gestação válido e eficaz, tal vinculação *não procede* de qualquer um dos atos de vontade em que se funda o contrato de gestação de substituição, nem é por isso afetável pela sua eventual alteração, em particular por aquela que se expressa na revogação do consentimento prestado. Se a gestação de substituição constitui o resultado do exercício, que se exige livre e esclarecido, do direito à autodeterminação de todos os intervenientes e da autonomia da sua vontade, já a definição do título da filiação da criança nascida assenta num *juízo ponderativo* levado a cabo pelo legislador democraticamente legitimado, juízo esse que, radicado na consideração prevalecente do projeto parental e do vínculo genético que, se não a ambos, pelo menos a um deles, liga o casal de beneficiários à criança nascida através da gestação de substituição, está longe de poder ser considerado descabido, irrazoável ou arbitrário.

O segundo equívoco decorrente, em parte, do anterior, reside no modo como, sob a assunção de que o título da parentalidade dos beneficiários somente poderá fundar-se no consentimento da gestante, a maioria estabelece, no âmbito da relação multifacetada em presença — que obriga à consideração do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 e do direito de constituir família (artigo 36.º, n.º 1) da gestante, por um lado, da condição de sujeito de direitos da criança nascida [artigos 1.º, 67.º, n.º 2, alínea e)] e do dever estadual de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, todos da Constituição), por outro, e, ainda, da liberdade de conformação do legislador democrático na opção pelo estabelecimento de um critério legal de filiação em favor do casal de beneficiários, as conexões que suportam o juízo de inconstitucionalidade.

Para concluir que o legislador restringiu, de forma incompatível com o princípio da proibição do excesso, o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, e o seu direito de constituir família, a posição maioritária entende que a liberdade de ação da gestante, essencial à salvaguarda da sua dignidade, apenas não será afetada *se e na medida* em que lhe for assegurado o exercício da sua autonomia decisória com vista a todo o processo de gestação de substituição. Apesar de se ter tal entendimento por inquestionável, daí não se segue, todavia, que o estabelecimento da filiação da criança nascida através da gestação de substituição constitua e, menos ainda, não possa deixar de constituir um *momento* ou uma *fase* do processo de gestação de substituição ao alcance *ainda* da liberdade de autodeterminação da gestante, de tal modo que a formação pela gestante de um projeto parental próprio a certa altura da execução do processo deva concorrer *nos mesmos exatos termos* com aquele protagonizado pelo casal de beneficiários como critério jurídico da filiação.

3. O juízo de inconstitucionalidade que o Tribunal formula quanto às normas referidas, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, decorre da consideração que o direito ao arrependimento da gestante deve ser garantido na sua extensão temporal máxima, apenas cessando no momento da entrega da criança aos beneficiários a cujo projeto parental aderiu. Tal conclusão de imperatividade, para assegurar a solvabilidade do regime de gestação de substituição à luz da dignidade da pessoa humana, da possibilidade de revogação do consentimento a que alude o artigo 14.º, n.º 5, da LPMA, toma como premissa que, pese embora o quadro instituído não se mostre desadequado ou insuficiente para proteger eficazmente a liberdade e o esclarecimento da gestante no momento em que contrata e presta o consentimento, o mesmo não pode ser dito em relação a todas as fases de execução do acordo de vontades, em virtude de inescapável imprevisibilidade das vicissitudes da sujeição a técnicas de PMA, da gravidez, do parto e do puerpério.

Ora, não cremos que a validade dessa premissa esteja demonstrada, de molde a fundamentar, mesmo num escrutínio mais intenso, fundado na densidade dos valores constitucionais em equação, a censura dirigida à opção tomada pelo legislador nas normas em referência.

Naturalmente, não se coloca em dúvida que a sujeição a atos médicos como os implicados na procriação medicamente assistida e, com maior intensidade, a gravidez, o parto e o puerpério que lhes sucedam, comportam riscos para a saúde (incluindo obviamente a saúde mental) e constituem fenómenos que afetam profundamente a gestante como um todo, relevando tanto as vertentes biológicas ou fisiológicas, como as vertentes psíquicas e afetivas, do mesmo jeito que as interações com os beneficiários e a própria família (incluindo cônjuge e filhos), acrescentam

outros problemas aos que normalmente se colocam às mulheres que engravidam no âmbito de um projeto parental próprio. Porém, daí a entender que se verifica inelutavelmente uma possibilidade importante de insuficiência de informação sobre todas essas variáveis por parte da gestante de substituição, em termos incompatíveis com o respeito pela afirmação da sua personalidade, vai uma distância que a maioria se sentiu habilitada a ultrapassar, sem que, ao cremos, estivesse para tanto suportado em evidência empírica significativa.

Designadamente, a premissa não se encontra afirmada nos pareceres emitidos pela CNECV, mormente no Parecer n.º 63/CNECV/2012, e, bem assim, no segmento transcrito do relatório elaborado pelo Conselheiro-Presidente Miguel Oliveira e Silva, em vista do referido parecer, onde se afirma tão somente que «[a] gravidez é um tempo vulnerável», a par do desenvolvimento das razões que justificam o reconhecimento de uma ligação biológica perene, ao nível epigenético, entre todo e qualquer recém-nascido e a mulher em cujo útero é gerado (cfr. ponto 43 do Acórdão).

Ademais, os muitos estudos empíricos sobre o tema também não nos oferecem uma resposta clara, idónea a suportar a assertividade da conclusão atingida pela maioria, encontrando-se estudos que apontam antes no sentido da plena consciencialização dos riscos envolvidos por parte da larga maioria das gestantes de substituição, na mesma medida em que tal é possível de ser apreendido pela generalidade dos sujeitos (v. LINA, PENG. “Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Empirical and the Normative”, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 21, n.º 3, (2013): pp. 555-582; v. JADVA, S. IMRIE, S. GOLOBOK, “Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child”, *Human Reproduction*, Vol. 30, n.º 3 (2015), pp. 373-379, doi:10.1093/humrep/deu339; KAREN BUSBY e DELANEY VUN, “Revisiting *the handmaid’s tale*: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers”, 26 *Can. J. Fam. L.* 13 (2010), pp. 13-94, com referência a 40 estudos empíricos sobre as características e experiências de mulheres gestantes de substituição no Canadá, Estados Unidos da América e Reino Unido).

Assim, como aliás se reconhece na decisão (ponto 26), o compromisso que a gestante de substituição assume perante os beneficiários projeta-se em todo o período de gestação e parto, e mesmo após o mesmo, com assunção da observância dos cuidados que previnam os riscos comuns a uma qualquer gravidez, o que envolve necessariamente a capacidade de antecipação dos mesmos, evidentemente na medida do possível. Nem os profissionais de saúde podem alguma vez remover por inteiro a incerteza, sem que se possa com esse fundamento negar a consciência ou a atualidade do consentimento da mulher grávida, em caso, por exemplo, de amniocentese ou de cesariana.

Afinal, o legislador cuidou de estipular um conjunto de informações a prestar à gestante (artigo 14.º, n.ºs 2, 5 e 6, da LPMA) e determinar a prestação pessoal do consentimento perante o médico responsável (artigo 14.º, n.º 1 da LPMA), sobre o qual recai o dever legalmente expresso de assegurar que a vontade prestada no ato seja inteiramente esclarecida, com referência a *todos* os benefícios e riscos conhecidos e prospetiváveis em qualquer das fases do processo, assim como as respetivas implicações éticas, sociais, jurídicas e biológicas.

4. A posição da maioria comporta a colocação da gestante de substituição na posição central de todo o processo, preponderante entre os vários interesses em presença, quer antes, quer depois do parto, pois, como se viu, é-lhe assegurado título

parental que se opõe à obrigação de entrega da criança, salvo intervenção judicial (sendo difícil identificar a sede processual vocacionada a uma tal atuação).

Não se questiona que essa pudesse ter sido a opção do legislador na modulação do regime. O que não tem por certo, todavia, é que tal modelo seja constitucionalmente imposto, invalidando as normas que não admitam a revogação do consentimento pela gestante de substituição com a amplitude decidida.

A importância que a criança assume os beneficiários e estes para a criança não deve ser olvidada ou minorada. Sem o impulso e a perseverança dos beneficiários na ultrapassagem de impedimento absoluto e definitiva à gravidez, ou de outra situação clínica justificativa da gestação de substituição, aquela criança não existiria, além de que o contributo genérico de pelo menos um dos beneficiários (e não da gestante, à qual está vedada a doação de ovócito) significa que o respetivo código genético contribui para a realidade única e inconfundível do ser-pessoa nascido por via de gestação de substituição. Pelo menos a par - e sem que se procure aqui uma qualquer hierarquização - de outros vínculos biológicos, epigenéticos e gestacionais, que intercedam durante a gestação. Também de um ponto de vista psicoafectivo, o investimento dos beneficiários no projeto parental, assim como no acompanhamento de todo o processo da gravidez e parto, não pode ser desconsiderado.

Por outro lado, as normas em análise têm por si o desenho de um sistema normativo neste ponto claro e seguro (o mesmo não acontece noutros aspetos do regime, o que não invalida o que se vem de dizer), prevenindo conflitos entre beneficiários, por um lado, e gestante de substituição, por outro, todos disputando a criança, questões que inevitavelmente se irão arrastar nos tribunais, com potenciais efeitos lesivos no desenvolvimento da criança. Coloca-se ainda a interrogação sobre se a extensão do direito ao arrependimento até à entrega da criança aos beneficiários (cujo prazo caberá ao legislador definir, mas que se pode, para efeitos de argumentação, perspetivar como similar ao da prestação para o consentimento prévia à adoção: seis semanas após o parto) não promove afinal o que se quer evitar, ou seja, a prestação de consentimento no momento inicial pela gestante de substituição sem a devida ponderação de todas as implicações e riscos a que se sujeita e de que é profusamente informada, vindo a reagir de modo igualmente imponderado, mas em sentido inverso, a qualquer vicissitude tida como negativa ou simplesmente inesperada. Por exemplo durante o puerpério, período reconhecidamente vulnerável e não raras vezes marcado por perturbações psicológicas ou mesmo patologias depressivas.

A nosso ver, não estando o Tribunal em posição de afirmar a presença de um défice de proteção da autonomia ética e pessoal da gestante ao longo do processo de gravidez de substituição, e mesmo após o parto, não existe fundamento para censurar a opção do legislador em admitir a respetiva revogação do consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA, e não até à entrega da criança aos beneficiários, e, consequencialmente, declarar a inconstitucionalidade da norma que estipula que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

Acresce que, ao assumir que a consideração do projeto parental, alternativo e concorrente, supervenientemente assumido pela gestante, corresponde a solução, se não reclamada, pelo menos vocacionada para a salvaguarda da posição da criança nascida, enquanto sujeito de direitos $\frac{3}{4}$ incluindo, portanto, o *direito à identidade pessoal* $\frac{3}{4}$, a posição sufragada pela maioria suscita as maiores perplexidades.

Apesar de considerar constitucionalmente imperativa tanto a consideração do projeto de parentalidade supervenientemente assumido pela gestante, como a pos-

sibilidade da sua prevalência sobre o projeto parental protagonizado pelo casal de beneficiários, a posição que obteve vencimento não perspectiva, muito menos em toda a sua previsível extensão, as consequências previsivelmente determinadas por uma tal solução: vingando o projeto de parentalidade da gestante, o título da sua maternidade fundar-se-á no disposto no n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil ou será constituído por via judicial? Sendo a gestante casada, o estabelecimento da maternidade a seu favor desencadeará o funcionamento da presunção estabelecida no n.º 2 do referido artigo, sendo considerado pai da criança o cônjuge respetivo? Não sendo a gestante casada, somente a maternidade poderá ser judicialmente reconhecida ³/₄ hipótese em que a criança, filha genética do casal de beneficiários, será privada de um pai ³/₄ ou a paternidade, carecendo de ser igualmente estabelecida, poderá ou deverá ser atribuída ao pai biológico? Nesta última hipótese, será aceitável impor ao progenitor biológico a paternidade de uma criança que terá como mãe mulher diferente daquela que, numa manifestação nuclear da sua liberdade de autodeterminação, aquele escolheu para partilhar consigo a parentalidade de um filho que se quis comum?

Todo este conjunto de interrogações, a que a posição que fez vencimento abre inevitavelmente a porta, torna, no mínimo, altamente questionável que na tutela dos direitos da criança nascida e no dever da sua proteção pelo Estado possa buscar-se o apoio necessário para concluir pela imperatividade de uma solução que, perante um conflito entre projetos parentais concorrentes, imponha a substituição do modelo de reconhecimento legal da parentalidade a favor dos “pais intencionais e genéticos” por um modelo judicial de estabelecimento da filiação baseado numa valoração casuística e, por isso, contingente e disputável das circunstâncias do caso, ainda que norteada, neste como em todos os outros conflitos a dirimir no âmbito da jurisdição de menores, pelo superior interesse da criança.

Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa, Claudio Monteiro

[1] Por facilidade de leitura autónoma deste voto de vencido, aqui transcrevo o artigo 8.º da LPMA na sua versão inicial que se manteve até 2016:

Artigo 8.º Maternidade de substituição

1. *São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.*
2. *Entende-se por «maternidade de substituição» 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.*
3. *A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer.*

[2] O preenchimento do conceito de *beneficiários* não resulta dos específicos trechos do artigo 8.º da LPMA aqui em causa (dos n.ºs 1 a 3) — aliás, não resulta de qualquer outro trecho desse artigo 8.º, e está bem longe de ser claro que resulte de outra disposição da referida Lei ou do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho (o que até estaria constitucionalmente vedado). Tal “preenchimento”, como se sublinha no Acórdão, foi realizado (foi “*deliberado*”) pelo *Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida*, através da Deliberação n.º 19-Π/2017, de 20 de Outubro (“*Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de*

substituição”), nos seguintes termos: “[...] *para efeitos da possibilidade de celebração de contratos de gestação de substituição, apenas podem ser considerados como beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges*”.

[3] É com esta base, aliás, que alguns Autores excluem a adequação da “fórmula do objeto” às questões relativas à bioética e, concretamente, a servir de base à aferição de questões respeitantes a direitos reprodutivos, e concretamente à gestação de substituição. É o caso, referido no Acórdão, de Jorge Reis Novais (*A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, Coimbra, 2017, pp. 120/121).

[documento impresso do Tribunal Constitucional no endereço URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc//tc/acordaos/20180225.html>]