

**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) conflituantes, na tentativa de que se alcancem soluções mais conciliadoras e que tomem, de forma séria, em consideração os variados direitos e interesses em jogo. E 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 perspectiva *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), palestrar 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 excecional (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 despiciendas”. 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 descaracterize 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 hão-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 embarçar 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 brilhou 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 exponente 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 excecional 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/ FDUC. 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 concepções 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 carácter 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 dâdivas 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 padecção 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 medicamente 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, levantou 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 necessidade de excepcionar esta regra, determinando-se o levantamento 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 temporais 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.