



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Mafalda Andreia Leite Correia

Mater Semper (In)certa Est
Da Gestação de Substituição e da Sua Admissibilidade.

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientada por: Mestre Rafael Vale e Reis

Coimbra, 2015

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Mestre Rafael Vale e Reis, pela disponibilidade e preocupação que sempre demonstrou, e pela valiosa ajuda.

Ao Centro de Direito Biomédico que, com a organização do Seminário sobre PMA e Medicina Pré-Natal, foi determinante para a escolha do meu tema.

Aos meus pais e às minhas irmãs, com os quais aprendi a importância da família.

Ao Coro Misto da Universidade de Coimbra e a todos que fizeram ou fazem parte dele que, de uma maneira ou outra, me ajudaram, em especial ao Diogo, à Teresa e ao Zé.

A todos os que tornaram o meu percurso académico mais rico. À Melissa que fez com que me sentisse sempre em casa.

Ao Ricardo, por toda a paciência e compreensão, e por ter tomado este tema também como seu, que fez com que todas as discussões e questões se tornassem mais claras e enriquecedoras para todo este estudo; por tudo.

A todos, muito obrigada.

ÍNDICE

Introdução	5
Capítulo 1 – A Gestação de Substituição e a Bioética	7
1. Enquadramento na Bioética	7
2. A Gestação de Substituição e os Princípios da Bioética.....	10
2.1. Princípio da Dignidade Humana.....	10
2.2. Princípio da Autonomia.....	13
2.3. Princípio da Beneficência e Princípio da Não Maleficência	15
2.4. Princípio da Justiça.....	17
Capítulo 2 – A Gestação de Substituição na Sociedade Atual	19
1. A Maternidade de Substituição e os Problemas da Sua Denominação.....	19
2. Alternativas Aparentes à Gestação de Substituição.....	21
2.1. Adoção.....	21
2.2. Transplante de Útero	25
3. Tentativas de Contornar a Proibição da Gestação de Substituição.....	26
3.1. Recorrer a um País Estrangeiro	29
Capítulo 3 – Permitir a Gestação de Substituição	34
1. Alguns Argumentos a Favor	34
1.1. Admissibilidade da Gestação de Substituição	34
1.2. Direito a Constituir Família	36
1.3. Direito ao Desenvolvimento da Personalidade.....	37
2. Do critério da Maternidade	37
Capítulo 4 – Legalização da Gestação de Substituição	42
1. Constante Adiamento da Aprovação da Gestação de Substituição	42
2. Termos da Lei	44

2.1. Denominação Correta	45
2.2. Casos em que Deve Ser Admitida	45
2.3. Beneficiários	46
2.3.1. Casais Homossexuais.....	47
2.3.2. Pessoas Singulares	49
2.4. Modalidades de Gestão de Substituição.....	50
2.5. Apoio Psicológico.....	51
2.6. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida	52
2.7. Estabelecimento da Filiação	53
2.8. Direito ao Arrependimento	54
Conclusão.....	57
Bibliografia	60

INTRODUÇÃO

“A esterilidade de uma esposa não é um dos maiores dramas do casamento?”¹. Iniciamos o desenvolvimento do nosso tema, a gestação de substituição, com esta interrogação. Apesar da taxa de natalidade ser, nos dias de hoje, bastante baixa, o desejo de ter um filho continua a ser um dos maiores projetos de uma vida a dois, e a infertilidade² o maior pesadelo. Para muitos o impedimento de ter um filho biológico é quase como enfrentar a morte.³

O avanço da medicina já conseguiu muitas conquistas para combater esta doença, tendo todas ultrapassado vários problemas éticos suscitados pela sociedade, devido à sensibilização provocada pelo nascimento de uma vida. Uma sociedade (que deveria ser) ultrapassada pensa no nascimento de um filho como um ato sagrado, no qual a ciência não se deve intrometer, que deve acontecer naturalmente, e se não acontecer, então é um sinal de que aquelas pessoas não devem ter um filho. “ Para os Brown, como é óbvio, a tecnologia oferecida por Steptoe e Edwards⁴ era um verdadeiro milagre. (...) Mas, para muitos observadores externos, tratava-se de algo entre um pesadelo e um perfeito pecado, representativo do sinistro avanço da tecnologia e da intervenção anormal do homem no reino da natureza.”⁵, estávamos em 1978 e tinha nascido o primeiro bebé através de fertilização *in vitro*.

¹ CARS, Guy Des, *A mãe de aluguer*, Círculo de Leitores, 1986, p. 66.

² A infertilidade pode ser doença de apenas um, mas o casal deverá aceitá-la como sendo dos dois, “só esse sentido de pobreza conjunta permitirá transformar o filho, do ser ideal e controlável, no ser real com destino próprio.” Cfr. BISCAIA, Jorge, “Novas Paternidades”, *in* *Acção Médica*, Vol. 65, N.º 2, 2001, p. 72.

³ “«When you take away being able to have a child biologically, it is like having to face death--almost like having half of you die,» says Shanti Fry '73, M.B.A. '85, a corporate finance director at BancBoston Securities. She speaks from experience, for she tried unsuccessfully for eight years to get pregnant using the full range of infertility options. She and her husband, Jeff Zinsmeyer, are now the proud parents of their daughter Victoria, age 3, whom they adopted in China. Infertility may not be life-threatening in the literal sense, says Fry, «but it does affect people's view of their own mortality, because having kids is the main way that people deal with the fact that they are mortal. And it's very hard for people who haven't been through it to understand the magnitude of that.»”. Cfr. HODDER, Harbour Fraser, “The New Fertility – The Promise – and perils – of human reproductive technologies” *in* *Harvard Magazine*, disponível em: <http://harvardmagazine.com/1997/11/fertility.html>. Página consultada a 19 de novembro de 2014.

⁴ Médicos responsáveis pelo primeiro bebé nascido por fertilização *in vitro*.

⁵ Cfr. SPAR, Debora L., *O Negócio de Bebés – Como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51.

Parece-nos claro, que as coisas já não se passam assim, a sociedade evoluiu e a ciência avançou. Já não casamos aos 15 e morremos aos 40. “Se nos bastássemos com aquilo que a natureza nos dá não tomaríamos medicamentos nem nos submeteríamos a intervenções cirúrgicas.”⁶ Procuramos em todas as áreas, desde a medicina ao direito, todos os recursos para termos uma vida melhor e mais saudável, “porque é a nossa própria natureza humana que constantemente nos impõe a necessidade de irmos mais além”.⁷

Apesar das técnicas de reprodução assistida que já existem, as mulheres podem ter outro tipo de problemas que não conseguem resolver, relacionados com a incapacidade de gerar um bebé dentro do seu útero, e para os quais a maternidade de substituição é a única solução ou, pelo menos, a mais adequada.

Porém a maternidade de substituição é um tema muito delicado e que suscita grandes problemas éticos e morais para a sociedade, que não vê o lado positivo deste procedimento, mas que o encara muitas vezes como um mal desnecessário.

⁶ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade – O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Vol. II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 356.

⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade (...)*, ob. cit., p. 356.

CAPÍTULO 1 – A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A BIOÉTICA

1. Enquadramento na Bioética

Para começar, pensamos ser pertinente falar um pouco de bioética.⁸ A bioética, um termo inicialmente proposto em 1971, por VAN RENSSELAER POTTER, um bioquímico americano, tenta ligar as “ciências da vida e os estudos dos valores”.⁹ A bioética trata, entre outros, de todos os problemas éticos suscitados pelos avanços da medicina. Para isso, tem como base quatro princípios definidos por JAMES F. CHILDRESS e TOM L. BEAUCHAMP em *Principles of Biomedical Ethics*, que são: o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência e o princípio da justiça, além do “fim único de consagrar e preservar a dignidade humana”.¹⁰

O princípio da autonomia pressupõe que o indivíduo seja sempre autônomo quanto à sua decisão, mas essa decisão tem que ser tomada com todo o conhecimento e informação existentes sobre o caso. O princípio da beneficência e o princípio da não maleficência, obrigam a fazer uma relação entre os benefícios que podem ser alcançados com as novas descobertas e os danos que as mesmas podem provocar. Por último, o princípio da justiça, é um pouco mais difícil de definir, mas MIGUEL KOTTOW tenta, dizendo: “justiça é o ordenamento social que permite a cada membro cobrir suas necessidades e manter abertas suas opções de projetos de vida”¹¹, ou seja, este princípio, ao ser cumprido, cria uma sociedade justa, onde todos são tratados em condições de igualdade, ou são criadas condições para serem tratados como iguais, dentro de uma comunidade. Além destes princípios base, com a evolução que a bioética sofreu, existem hoje vários princípios a ser respeitados, que estão

⁸ “Os enormes sucessos - e os não menos estrondosos fracassos - alcançados pela medicina, as novas fronteiras da ciência, colocaram à ética uma série de desafios inovadores. De tal forma que se autonomizou uma recente disciplina, um novo ramo do saber para estudar esses desafios: a bioética.” Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos Reprodutivos” in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 2, Nº 3, Coimbra Editora, 2005, p. 111.

⁹ Cfr. SILVA, Lillian Ponchio e PENNA, João Bosco, “Bioética crítica: conceitos e desafios”, in *Temas Fundamentais de Direito e Bioética*, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2012, p. 34.

¹⁰ Cfr. SILVA, Lillian Ponchio e PENNA, João Bosco, “Bioética crítica (...)”, ob. cit., p. 38.

¹¹ KOTTOW, Miguel *apud* SILVA, Lillian Ponchio e PENNA, João Bosco, “Bioética crítica (...)”, ob. cit., p. 44.

consagrados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO, aprovada em 2005¹².

“A bioética surgiu para reforçar o lado mais frágil de qualquer inter-relação historicamente determinada.”¹³ E começamos aqui a fazer a ligação, ou a especificar o nosso tema, o nosso pequeno problema, dentro da grande área que é abrangida pela bioética. A maternidade é, sem dúvida, uma das relações mais importantes e que está determinada desde que nascemos (desde que toda a comunidade nasceu). Mas tal como tantas certezas passaram a incertezas ao longo dos anos, a típica relação entre mãe e filho já não é igual. Mesmo antes de se falar em realidades biológicas, as mães que cuidam, educam e amam os seus filhos, já não são só as mulheres que dão à luz. Hoje, com toda a evolução da sociedade, as crianças ficam a cargo das avós, das escolas; claro que sempre existiram crianças órfãs e abandonadas, e mães trabalhadoras que não podiam dar tanta atenção aos filhos, mas esses grupos eram minoritários. Hoje em dia acontece o inverso.

A relação de maternidade está inserida numa relação familiar em que toda a família é importante para o bem daquela relação base; e se antes a grande maioria das famílias era composta pelo pai – o grande chefe de família – a mãe e os filhos, hoje quantas realidades familiares conhecemos? Coexistem, para além da família dita normal, cada vez mais famílias monoparentais, onde só a mãe ou só o pai fazem o trabalho dos dois; famílias separadas, onde apesar de existirem as duas figuras elas nem sempre trabalham em conjunto; famílias compostas por avós e netos, por tios e sobrinhos; e ainda famílias em que as figuras parentais são ocupadas por duas pessoas do mesmo sexo.¹⁴

As famílias disfuncionais não apareceram apenas no século XXI, mas hoje são uma realidade normal. Não queremos, com isto, defender que estas formas de família são melhores, mas apenas defender que são tão válidas como as outras.¹⁵ O que podemos retirar daqui, é que

¹² Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Página consultada a 5 de janeiro de 2015.

¹³ Cfr. VOLNEI GARRAFA *apud* LEITE, Taylisi de Souza Corrêa, “Bioética crítica e direitos humanos”, in *Temas Fundamentais de Direito e Bioética*, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2012, p. 18.

¹⁴ Apesar de, teoricamente, não ser permitido um casal homossexual ter um filho – nem pelas leis da natureza, nem pelas leis portuguesas – o facto é que essa realidade existe na prática.

¹⁵ V. também, quanto a evolução da família, GOMES, Carla Amado, “Filiação, Adopção e Protecção de Menores – Quadro Constitucional e Notas de Jurisprudência”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4, N.º 8, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 15.

a realidade familiar historicamente determinada, se encontra, afinal, bastante indeterminada, fazendo com que o argumento de que a lei da natureza não previu assim as coisas, esteja completamente ultrapassado, pois nenhuns dos avanços na saúde e na tecnologia foram previstos pela natureza, mas sim pelo homem, o que torna cada vez mais, todas as coisas que tomávamos por certas, incertas.

Como defende FERNANDO BELO, a importância social de uma família é a “procriação e educação dos filhos” e “a reprodução da própria sociedade, pela longa aprendizagem dos usos e costumes”¹⁶. Não interessa por quem a família é composta, desde que todos os componentes essenciais estejam presentes (amor, educação, disciplina, etc.). Vivemos então, entre famílias onde já não existem, ou não existem só, as relações historicamente determinadas.

Para além das famílias socialmente decompostas, a medicina criou famílias decompostas em relação ao material biológico, através das várias técnicas de procriação medicamente assistida (doravante PMA). Mas estas famílias não nascem naturalmente no meio social, têm que ser criadas com meios que suscitam vários problemas éticos. E é aqui que nasce o nosso problema.

A maternidade de substituição não passa por um procedimento natural, logo, precisa de autorização para ser criada. Mas, socialmente, o que é que a maternidade de substituição cria de diferente em relação às novas famílias que existem na nossa sociedade? De acordo com a Lei da PMA, especificamente com o artigo 6.º, apenas heterossexuais casados ou unidos de facto podem recorrer a técnicas de PMA. Ora, tratando esta lei também da maternidade de substituição, à partida, os beneficiários seriam os mesmos¹⁷; logo, as famílias que a

¹⁶ O filósofo defende este ponto de vista em relação a casais homossexuais. Pensamos, no entanto, adequar-se ao nosso pensamento. Cfr. BELO, Fernando “Casamento e filhos” *in* Público, edição de 7 de setembro de 2013, disponível em: <http://www.publico.pt/opiniaio/jornal/casamento-e-filhos-27044708>. Página consultada a 7 de janeiro de 2015.

¹⁷ Ainda que, depois da aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a Lei da PMA continue a fazer referência, sem distinção a pessoas casadas. No entanto não parece poder dizer-se que passa assim a estar previsto o recurso a técnicas de PMA por casais homossexuais, já que, também os unidos de facto têm que ser de sexo diferente e, em relação a um outro instituto, a adoção, também apenas é permitida a casais de sexo diferente. “Como recordou Bernardino Soares na discussão sobre maternidade de substituição: «[t]emos, depois, as propostas que alargam o recurso às técnicas de PMA para casais de pessoas do mesmo sexo. Elas retomam uma discussão que foi feita recentemente noutra sede e que entra aqui pela «janela» da alteração à lei da procriação medicamente assistida, propondo o afastamento do critério da infertilidade. É a questão da parentalidade dos casais de pessoas do mesmo sexo que aqui está sem tirar nem pôr, não é outra. Parece-nos, aliás, pouco adequado introduzir nesta lei uma questão que tem que ter uma consideração global. Faria algum sentido, quando não se aceitou incluir a possibilidade de adoção no momento em que se legislou,

maternidade de substituição pode formar, não são, em nada, inferiores às que a sociedade do século XXI já cria naturalmente.

2. A Gestação de Substituição e os Princípios da Bioética

2.1. Princípio da Dignidade Humana

Não sendo o princípio da dignidade humana um dos princípios específico da Bioética, é sempre respeitado em qualquer atuação da bioética e uma grande base para toda a comunidade, por isso, parece-nos pertinente começar por falar neste princípio. O principal argumento contra a maternidade de substituição é a ideia de que viola o princípio da dignidade humana. E em que é que consiste essa dignidade humana?

KANT explica a dignidade humana como um dever de respeitar os outros. “A humanidade é ela própria uma dignidade; pois o homem não pode ser tratado apenas como um meio (nem pelos outros nem sequer por si próprio) mas tem sempre simultaneamente de ser tratado como um fim e é precisamente nisto que consiste a sua dignidade (personalidade)”¹⁸ e acrescenta que a dignidade humana tem ainda como fundamento a autonomia de cada um, “a dignidade humana exige que sejam respeitados todos os diferentes modos de pensar, sentir e agir que se submetam ainda aos limites de um juízo de consciência razoavelmente defensável”.¹⁹ Por sua vez, HEGEL fala em dignidade humana como reconhecimento, o

com o apoio do PCP, a introdução da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, introduzir agora aqui a possibilidade de recurso desses mesmos casais às técnicas de PMA? Teríamos a situação de proibir a adoção, permitindo a reprodução assistida a esses casais» (Diário da Assembleia da República n.º 61, de 20 de Janeiro de 2012, p. 60)”. Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Outro Útero é Possível: Civilização (da técnica), Corpo e Procriação – Tópicos de um Roteiro em torno da Maternidade de Substituição”, *in* Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 1404. Vindo de acordo, o CNPMA declarou: “por força do estatuído no (...) artigo 4.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, não obstante o disposto na Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, actualmente o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si, proibição que se manterá se não for produzida, pela forma constitucionalmente prevista, uma alteração legislativa.”, Declaração do CNPMA de 18 de junho de 2010, disponível em: http://www.cnpma.org.pt/Docs/Declaracao_AcessoPMA.pdf. Página consultada a 7 de janeiro de 2015. Contudo, esta questão, em matéria de beneficiários das técnicas de PMA, deve também ser discutida e atualizada.

¹⁸ Cfr. KANT *apud* CORTÊS, António, “O Princípio da Dignidade Humana em Kant”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 607.

¹⁹ Cfr. CORTÊS, António, “O Princípio (...)”, *ob. cit.*, p. 609.

reconhecimento do outro como ser humano²⁰. Podemos, então, dizer que a dignidade humana se baseia em respeito e reconhecimento do outro como ser humano, como um fim em si mesmo.²¹

Vejamos, então, em que é que a maternidade de substituição viola a dignidade humana.

Já vimos em que consiste este contrato: uma mulher dá a luz uma criança para posteriormente a entregar a um casal, para que sejam pais dessa criança. Aqui a questão é se há violação da dignidade humana dessa primeira mulher que vai dar à luz. Vamos vê-la aos olhos do casal. Terá este casal um sentimento de respeito e reconhecimento para com a mulher que vai realizar, provavelmente, um dos seus maiores desejos? Muitos dirão que a mulher “deixa de ser tratada como pessoa, para passar a mera incubadora”²² e é vista apenas como um meio para atingir um fim (precisamente o que KANT dizia que nenhum homem pode ser), que se trata “de um caso de pura instrumentalização”²³. Acreditamos ser difícil refutar este argumento contra a maternidade de substituição, e talvez por isso, muitos autores o tentem fazer com outro tipo de argumentos, estes a favor, não contrariando diretamente a suposição de que esta técnica viola a dignidade humana. Ainda assim, pensamos que a dignidade humana como base da República²⁴, como pressuposto em que “a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e

²⁰ “É na relação com o outro que se é reconhecido como ser humano. A dignidade é, neste sentido, o efeito deste reconhecimento e a sua fundamentação, e, neste reconhecimento recíproco, o ser humano torna-se capaz de liberdade.” Cfr. BARCHIFONTAINE *apud* FILHO, Renato Soares de Melo e, PORTO, Uelton Carlos, “Reprodução Artificial e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Temas Fundamentais de Direito e Bioética*, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2012, p. 82.

²¹ “Assim, o termo dignidade humana é o reconhecimento de um valor. É um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a dignidade humana estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio. Esse projeto de autorrealização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa. Essa autorrealização pessoal, que seria o objeto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por essa sociedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitáramos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro. Cfr. BARCHIFONTAINE *apud* FILHO, Renato Soares de Melo e, PORTO, Uelton Carlos, “Reprodução (...)”, *ob. cit.*, p. 85.

²² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 49.

²³ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Outro útero (...)*, *ob. cit.*, p. 1413.

²⁴ Prevista no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

não meio de relações jurídico-sociais”²⁵, como “linha decisiva de fronteira contra totalitarismos e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano”²⁶, não é violada pela maternidade de substituição.

A mulher que consegue suportar uma gravidez não é, de todo, tratada como objeto. Muito pelo contrário, se uma das grandes virtudes das mulheres é a criação de uma nova vida, esse mesmo facto só a vai valorizar como pessoa; não querendo com isto dizer que uma mulher que não consegue pode ser tratada como objeto ou será menos pessoa por isso, até porque o que pretendemos é valorizar estas mesmas mulheres e fazer com que tenham os mesmos direitos (sendo a maternidade um direito) que todas as outras, apenas com outros métodos. A gestante, na maternidade de substituição, é tanto meio de relações jurídico-sociais como a mãe que dá à luz um filho para salvar o seu casamento, como a mãe que dá a luz um filho para realização pessoal do casal²⁷, como a mãe que dá a luz para a sua própria realização pessoal, para “prender um homem”, entre outras tantas razões; a única diferença é que, estas últimas, não têm que explicar as suas motivações a ninguém, não têm que provar que, nem elas, nem aquela criança que vai nascer, vão ser usados como meio para atingir um fim, quer este seja válido ou não. A mulher que consegue suportar uma gravidez, não é sujeita a qualquer tipo de totalitarismos, nem nenhum tipo de experiências, do género das referidas atrás, como a escravatura.

A Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio com valor próprio e dimensão normativa específica, que está na base de muitos direitos fundamentais, como por exemplo o direito à vida, e está também na base do princípio da igualdade, o que faz com que este proíba qualquer diferenciação de dignidades²⁸. Também aqui não consideramos que a maternidade de substituição seja violadora da dignidade humana.

Todas as informações genéticas podem ser adquiridas, de acordo como artigo 15.º n.º 2 da Lei da PMA. Logo, com o recurso à maternidade de substituição, não estamos a violar o

²⁵ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 198.

²⁶ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da (...)*, ob. cit., p. 198.

²⁷ Ideias defendida também por VERA LÚCIA RAPOSO. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 48.

²⁸ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, ob. cit., pp. 198 e 199.

direito fundamental a conhecer a identidade genética (previsto no artigo 26.º n.º 3 da CRP) de uma criança que não depende geneticamente dos pais e nasceu através de uma gestante de substituição.

Quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade, que segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA contem três dimensões, sendo uma delas a “protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação”²⁹, parece, pelo contrário, ser a proibição da maternidade de substituição a que viola a dignidade humana. Tanto o desejo de ter um filho do casal, como o desejo de ajudar o casal, enquadram-se no projeto de vida de cada um, na liberdade de ação, na vocação da mulher que vai fazer nascer uma nova vida, em ajudar os outros, em realizar-se a si própria com este ato.

Também o princípio da igualdade se pode considerar violado aqui, com a proibição da maternidade de substituição estamos a avaliar dignidades, valorizando a dignidade de uma mulher que pode procriar, em relação à que não o consegue sem ajuda. A primeira pode, em qualquer circunstância e com qualquer fundamento, ter um filho seu, enquanto que a segunda, apesar de já existirem os avanços médicos adequados para tal, não o pode fazer, não será esta mulher tão digna de criar um filho como a outra?

2.2. Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia, como já vimos atrás³⁰, estabelece que todas as decisões devem ser autónomas, cada um deve ter a liberdade para tomar as suas decisões e o direito de ter todo o conhecimento para as poder tomar. Segundo CHILDRESS e BEAUCHAMP existem várias teorias sobre o respeito pela autonomia, mas todas têm como essencial duas condições, a liberdade como independência para controlar as influências exteriores e a capacidade para atuar com intenção.³¹

Enquadremos este princípio no nosso estudo.

²⁹ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 463.

³⁰ *Supra* no Título 1.

³¹ Cfr. CHILDRESS, James F. e BEAUCHAMP, Tom L., *Principles of Biomedical Ethics*, 4ª edição, Oxford University Press, 1994, p. 121 – “Virtually all theories of autonomy agree that two conditions are essential: (1) liberty (independence from controlling influences) and (2) agency (capacity for intentional action)”.

A maternidade de substituição já é estudada e praticada há várias décadas. Não acreditamos que tudo, até ao mais pequeno pormenor, seja do conhecimento de quem o estuda, mas acreditamos que aquilo que não se sabe, se deve à falta de prática e às raras questões que podem surgir em casos particulares e que, como em todas as outras técnicas médicas, ou mesmo só nas de procriação, estão sujeitas ao aparecimento de novos problemas difíceis de antever³². O que queremos com isto dizer é que, para quem queira recorrer à maternidade de substituição, existe toda a informação necessária sobre a mesma. Pode ser de difícil aquisição em Portugal, por não existirem casos práticos correntes que tornem mais fácil perceber todo o processo, mas são feitos vários estudos. Podemos também recorrer aos países que permitem a maternidade de substituição, onde existe todo o tipo de informação, não só informações das clínicas que a praticam, mas também diversos estudos. Não vemos a falta de conhecimento do processo, que poderá existir no nosso país, um obstáculo à sua permissão.

Há médicos, psicólogos e juristas dedicados a que a maternidade de substituição em Portugal tenha um número mínimo de casos com problemas. O CNPMA, surgido em 2007, cuja criação estava estabelecida no artigo 30.º da Lei da PMA, existe para se pronunciar sobre todas as questões, para atualizar informação, acompanhar todas as atuações na PMA, entre outras atribuições; ou seja, o CNPMA garante o adequado funcionamento e assegura a segurança de todos os beneficiários das técnicas de PMA, e o seu desiderato não se alterará se a maternidade de substituição integrar as mesmas³³.

Posto isto, acreditamos que qualquer pessoa está em condições de tomar a decisão de recorrer à técnica da maternidade de substituição, tanto os beneficiários, como a mulher que suporta a gravidez, pois, se são pessoas com plena capacidade de exercício têm também

³² O artigo 14.º n.º 2 da Lei da PMA, dá-nos conta desses problemas que ainda não estão previstos, regulando que os beneficiários devem ter conhecimento “de todos os benefícios e riscos *conhecidos*” (sublinhado nosso), antecipando a eventual ocorrência de um problema desconhecido.

³³ O CNPMA tem uma “forte legitimidade democrática”, devido ao método de designação dos seus membros, porém esse método pode ser criticado, “por deixar à margem certas Ordens profissionais ou certas sociedades científicas reconhecidas nesta área, as quais, porém, não raras vezes são aprisionadas por determinados grupos ideológicos”. Cfr. PEREIRA, André Dias e RAPOSO, Vera Lúcia, “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, *in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 3, N.º 6, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 90.

capacidade para consentir.³⁴ Esta é uma decisão que não é manipulada porque todos os participantes devem ter todas as informações, incluindo todos os problemas que podem ocorrer. Se queremos então respeitar o princípio da autonomia, devemos informar os beneficiários, e deixá-los tomar as suas próprias decisões.

Todas estas questões já estão reguladas na Lei da PMA, nomeadamente no artigo 14.º, relativo ao consentimento, que regula que este deve ser “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito”, e precedido por uma informação, também por escrito, de todos os benefícios e riscos, como todas as implicações éticas, sociais e jurídicas. Não vemos, portanto, qualquer inadequação desta regra com a maternidade de substituição, desde que o consentimento para a sua prática seja “suficientemente informado (...) [e que] o paciente possu[a] a necessária capacidade para autonomamente tomar decisões.”³⁵

2.3. Princípio da Beneficência e Princípio da Não Maleficência

Apesar de serem dois princípios distintos, pensamos que aqui não se justifica desenvolvê-los separadamente, pois estão interligados e, como já referimos atrás, obrigam-nos a fazer uma correlação entre si. Estes benefícios e riscos são relativos à medicina, ou seja, a beneficência quer que a atuação médica provoque um estado saudável, que melhore o bem-estar dos pacientes³⁶ e que, para isso, não provoque qualquer dano³⁷.

Talvez estes princípios sejam de um enquadramento mais difícil pois uma gravidez, à partida, não nos parece trazer propriamente nem benefícios nem danos para a saúde. Existem aqueles pequenos desconfortos, como os enjoos ou o cansaço e, claro, o parto, que pode tornar-se num procedimento complicado, dependendo de vários fatores. No entanto, analisando bem o estado de gravidez de uma mulher, podemos verificar alguns benefícios menos conhecidos, como a menor probabilidade de ter cancro da mama ou dos ovários, a

³⁴ Cfr. PEREIRA, André Dias, “A Capacidade Para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica”, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 222.

³⁵ Cfr. PEREIRA, André Dias, “A Capacidade (...)”, ob. cit., p. 199.

³⁶ Quanto ao princípio da beneficência: “Morality requires not only that we treat persons autonomously and refrain from harming them, but also *that we contribute to their welfare*” (sublinhado nosso). Cfr. CHILDRESS, James F. e BEAUCHAMP, Tom L., *Principles of (...)*, ob. cit., p. 259.

³⁷ Quanto ao princípio da não maleficência: “The principle of nonmaleficence asserts an obligation not to inflict harm intentionally”. Cfr. CHILDRESS, James F. e BEAUCHAMP, Tom L., *Principles of (...)*, ob. cit., p. 189.

diminuição de dores no período menstrual, entre outros pequenos benefícios; mas, é claro, nenhum médico vai recomendar a uma mulher uma gravidez para esta poder usufruir destes benefícios. Uma simples gravidez, com complicações ou sem elas, é um ato natural permitido a todas as mulheres que estejam dispostas a engravidar.

O nosso problema é que o maior benefício da gravidez, o nascimento de um filho, não reverte a favor da saúde da mulher grávida, beneficiando outra mulher. Será então a maternidade de substituição violadora dos princípios da beneficência e da não maleficência? Não nos parece que seja, pois a gravidez não é um dano em si, mesmo considerando os danos naturais do parto³⁸ e, apesar de apenas poder trazer pequenos benefícios para a saúde, não consideramos, ainda assim, que viole o princípio da beneficência.

Estes princípios “cuida[m] da obrigação de constatar até que ponto um avanço na ciência realmente trará mais benefícios do que danos aos seres humanos”³⁹. Em termos mais genéricos, a maternidade de substituição traz benefícios para o casal, que vai ter um filho, para a sociedade que vai ter um novo membro e para a mulher que suporta a gravidez que vai dar à luz uma nova vida. Por outro lado, pode trazer danos psicológicos à mulher que gera um filho para outrem⁴⁰ mas não nos parece, de todo, que traga danos à coletividade dos seres humanos.

³⁸ Danos que são do conhecimento da gestante e que, por isso, não escapam à sua liberdade para consentir.

Arriscamo-nos aqui a fazer uma analogia com as tatuagens, que provocam um dano consentido, para um fim que é a realização pessoal.

³⁹ Cfr. SILVA, Lillian Ponchio e e PENNA, João Bosco, “Bioética crítica (...)”, ob. cit., p. 41.

⁴⁰ Pode ainda, nos casos em que é necessário recorrer a dadores, trazer alguns problemas ao casal, não “se poupa ao casal a questão moral de saber se o seu amor é suficientemente forte para suportar psicologicamente, por muito tempo, a presença de um terceiro no património genético da criança”. Cfr. ESER, Albin, “Genética Humana – Aspectos Jurídicos e Sócio-Políticos” in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fasc.1, Coimbra Editora, Coimbra, Jan.-Mar. 1992, p. 58. E ainda JOÃO PAULO MALTA: “Não esqueçamos, contudo, que a PMA heteróloga discrimina, ainda, duas outras pessoas, sobre as quais pouco se fala: o casal que a procura. São prejudicados porque a informação que lhes é transmitida não é, na enorme maioria dos casos, adequada, quer científica (“não há mais nada a fazer”), quer psicologicamente, ao não ser passível de apreensão e interiorização num período de intenso sofrimento do casal. E são, finalmente, diminuídos porque, como descobrimos na extraordinária formulação do Papa João Paulo II, «o acto com o qual ... se tornam pai e mãe (é) ... um gesto tão rico que transcende a (sua) própria vida ... (e) não pode ser substituído por uma mera intervenção tecnológica, empobrecida de valor humano e submetida às determinações da actividade técnica e instrumental”. Cfr. MALTA, João Paulo, “Procriação Medicamente Assistida Heteróloga” in Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009, p. 128. No entanto, não pensamos ser este um obstáculo, pois tal como a mulher que vai suportar a gravidez, o casal também deve ser acompanhado por um profissional antes de se submeter a todo o processo. E ainda “todas as vicissitudes, psicologicamente traumatizantes, porque aceitaram passar serão talvez arrumadas no subconsciente como um preço a pagar pelo tratamento da infertilidade e por isso esquecidas como um sonho desagradável que importa não lembrar”. Cfr. BISCAIA, Jorge, “O embrião como filho” in Bróteria, Cristianismo e Cultura, Vol. 159, N.º 1, Julho 2004, p. 26.

Não é, no entanto, por isso, que descuidamos o interesse de uma mulher. Pelo contrário. Como esse problema é um dos que os técnicos de saúde já têm conhecimento, deve ser resolvido *a priori*, ou seja, essa mulher deve ser acompanhada psicologicamente para saber se está apta a passar por todo o processo da maternidade de substituição. Claro que o resultado não é completamente certo, mas irá diminuir os riscos.

2.4. Princípio da Justiça

Justiça pode ser interpretada como, um tratamento justo, equitativo e apropriado, à medida do que as pessoas necessitam ou lhes é devido⁴¹. Ou seja, justiça não é dar o mesmo a todos, se bem que nesses termos, podemos discutir a questão dos beneficiários das técnicas de PMA e, subsequentemente, da maternidade de substituição, mas não vamos tratar desse tema por enquanto⁴².

Este princípio, em relação ao tratamento, não é violado pela maternidade de substituição, muito pelo contrário, esta é um meio para conseguir o tal tratamento igualitário. Talvez nos estejamos a aproximar demasiado do princípio da igualdade, mas não conseguimos aqui fazer uma total cisão. O princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP, regula o tratamento igual em situações iguais, e o tratamento desigual em situações também elas desiguais. Um casal que não consegue procriar e um casal fértil encontram-se certamente em situações desiguais, o que faz com que, como nos diz VERA LÚCIA RAPOSO⁴³, a proibição da maternidade de substituição, viole a igual proteção da lei, pois o Estado permite que uns se reproduzam, não permitindo a outros, quando já existem técnicas para que todos o consigam.

Para concluir, queremos apenas citar TAYLISI DE SOUZA CORRÊA LEITE: “ (...) ao olhar para a realidade concreta, verá que as desigualdades sociais e econômicas entre nações e povos, ou entre grupos e classes sociais de um mesmo país, impedem a concretização da maior parte dos direitos humanos, inclusive, daqueles relativos ao corpo, à saúde e ao meio ambiente saudável. Uma bioética crítica deve estar sempre de óculos, cujas lentes evidenciem a

⁴¹ “(...)interpret justice as fair, equitable, and appropriate treatment in light of what is due or owed to persons.”. Cfr. CHILDRESS, James F. e BEAUCHAMP, Tom L., *Principles of (...)*, ob. cit., p. 327

⁴² Apenas referir, quanto a estes beneficiários, que “os avanços científicos devem ser utilizados de modo universal, beneficiando todos os indivíduos, independentemente da raça, sexo, cor ou classe social”. Cfr. SILVA, Lillian Ponchio e e PENNA, João Bosco, “Bioética crítica (...)”, ob. cit., p. 43.

⁴³ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 68.

dificuldade de acesso a tratamentos, equipamentos diagnósticos, medicamentos, profissionais qualificados, políticas preventivas, etc., e deve tomar por pressuposto o princípio da isonomia – que consiste em tratar desigualmente os desiguais, a fim de promover igualdade de acesso e oportunidades. Por isso mesmo, é uma bioética intervencionista: ela intervém na desigualdade para promover equanimidade, buscando alcançar o maior número de beneficiários possível, e não uma minoria opulenta.”⁴⁴

É assim que devemos ver a maternidade de substituição, como um campo da bioética intervencionista.

⁴⁴ Cfr. LEITE, Taylisi de Souza Corrêa, “Bioética crítica (...)” ob. cit., pp. 26 e 27.

CAPÍTULO 2 - A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE ATUAL

Neste capítulo vamos abordar algumas questões pertinentes quanto à maternidade de substituição na sociedade em que vivemos. Será este o nome mais apropriado para designar esta técnica de PMA tão problemática a nível ético e social? Será a maternidade de substituição vista como apenas mais uma maneira de ter filhos, entre tantas outras que a sociedade já nos permite? Veremos.

1. A Maternidade de Substituição e os Problemas da Sua Denominação

Em que pensamos quando nos falam em maternidade de substituição? O que nos dizem quando falamos em maternidade de substituição? Se maternidade significa “estado ou qualidade de mãe”⁴⁵, quer dizer que, na maternidade de substituição, alguém substitui a mãe da criança?

A Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho, (doravante Lei da PMA) sobre PMA, no seu artigo 8.º, fala de maternidade de substituição para regular a sua proibição e dá uma pequena definição: “Entende-se por maternidade de substituição qualquer situação 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.”. Se a mulher que dá à luz é que vai renunciar aos poderes e deveres da maternidade, porquê denominá-la mãe de substituição?⁴⁶ Chega ela, sequer, a ser mãe? A mãe que ama, que cuida, que educa? Esquecendo um pouco aquilo a que o Código Civil (doravante CC) alude quando fala de mãe, no seu artigo 1796.º. Não é esse o verdadeiro significado que a sociedade dá à palavra mãe?⁴⁷

Com isto, acreditamos não ser esta a melhor forma de designar este processo, chegando mesmo a ser prejudicial para a sua aceitação, pois, como explica JORGE DUARTE

⁴⁵ Definição do Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/maternidade> Página consultada a 19 de novembro de 2014.

⁴⁶ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 10.

⁴⁷ EDUARDO SÁ, ao falar de paternidade, diz que “um pai só é pai porque cuida, protege e, quando sente que deve, repreende e pune”. Hoje em dia, quase não podemos fazer distinção entre o papel de pai e de mãe, por isso esta observação é adequada e pertinente de referir. Cfr. SÁ, Eduardo, “Problemas Psicológicos da Fecundação com Esperma do Dador”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar*, 12-13 Dezembro 1991, Centro de Direito Biomédico FDUC, Coimbra, 1993, p. 46.

PINHEIRO, utilizar o termo mãe “sugere que se está perante alguém que é mãe temporariamente, alguém que é mãe durante o período de gestação e depois deixa de o ser.”⁴⁸. Neste contrato, mãe é aquela que deseja um filho, seja ela a mãe genética ou não; e o pai é definido da mesma maneira. A mulher que suporta a gravidez, não passa disso mesmo, de uma mulher que consegue suportar uma gravidez no seu útero; não desvalorizando o seu papel neste contrato, esta mulher não é mãe.

VERA LÚCIA RAPOSO defende que, neste tipo de contratos, “a figura de mãe deixa de existir como um todo e transforma-se na soma de segmentos desmembrados. Existem mães que apenas fornecem os óvulos (mães genéticas ou biológicas), outras que tão-só geram a criança (mães geradoras) e mães que criam a criança e a educam (mães sociais ou legais).”⁴⁹ Mas existindo todos estes segmentos desmembrados na conceção de uma criança, devemos chamá-los a todos de “mãe”? Não queremos instrumentalizar as mulheres ou desvalorizar a função de cada uma, apenas facilitar a compreensão de um assunto tão delicado.

Portugal escolheu a terminologia “maternidade de substituição” para seguir a doutrina anglo-saxónica, que usa o termo “*surrogate motherhood*”⁵⁰, e talvez para se igualar com os outros países que têm diplomas legais sobre este assunto. Em França denomina-se “*maternité de substitution*”, na Alemanha “*Ersatzmutterschaft*” e em Itália “*maternità surrogata*”; mas terá sido essa uma boa opção? Será que temos que nos sujeitar “à influência cultural dos países de língua inglesa”⁵¹ e ao exemplo dado pelo “número de casos de gestação por conta de outrem que se verificam em Inglaterra e, sobretudo, nos Estados Unidos”⁵²? Optou-se por um termo mais global, mas talvez se devesse optar por um termo mais realista, que denominasse exatamente aquilo que acontece, e que fosse imediatamente perceptível para os interlocutores não juristas.

Quantas vezes é a maternidade de substituição explicada com o simples termo “barrigas de aluguer”? O termo utilizado pelos brasileiros retrata precisamente em que se baseia o contrato, é bastante mais simples, mas ao mesmo tempo com muito mais significado.

⁴⁸ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição”, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 323.

⁴⁹ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 34.

⁵⁰ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 10.

⁵¹ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Mãe Portadora (...)*, ob. cit., p. 324.

⁵² Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Mãe Portadora (...)*, ob. cit., p. 324.

Aquilo que se pretende da chamada mãe de substituição é que, ela empreste o seu útero⁵³, a sua capacidade de proceder à gestação de um ser, ou seja, o que se quer é “alugar uma barriga” temporariamente, e não substituir uma mãe. “Bastaria falar em gestação para outrem, que é na realidade o que se verifica.”⁵⁴

Consideramos então, o termo “gestação de substituição”, ser o mais adequado. No entanto, falaremos indistintamente de “maternidade de substituição” e “gestação de substituição”, por uma questão de facilidade em conjugar todos os diferentes termos utilizados na doutrina.

2. Alternativas Aparentes à Gestação de Substituição

Que opções têm, verdadeiramente, os casais inférteis que querem ter um filho? Podem tentar fazer tratamentos de fertilidade ou recorrer à PMA. E quando isso não é suficiente? O que faz um casal, quando a mulher é incapaz, através de qualquer meio, de gerar uma criança⁵⁵; ou mesmo sendo capaz, a gestação traz graves consequências, tanto para a mãe como para o bebé? E o que faz um casal homossexual?

2.1. Adoção

A alternativa mais antiga admitida a casais inférteis é a adoção. “Do ponto de vista do casal adoptante, a adopção pode satisfazer o empenho de muitos casais estéreis, ávidos por ter um filho a quem possam dar parte do seu amor, podendo ser este, por vezes, a motivação principal do casamento.”⁵⁶ Mas será esta uma verdadeira alternativa para qualquer casal? Para os casais que não podem ter filhos, por nenhum ser capaz de transmitir material genético a uma criança, esta pode ser uma alternativa viável, pois a única ligação que poderão ter com

⁵³ ALBERTO BARROS sugere o termo “útero de substituição”, por ser uma “designação que [prefere], porque a maternidade tem um alcance muitíssimo superior à circunstância estritamente uterina”. BARROS, Alberto, “Barrigas de Aluguer”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, N.º 88, Março 2012, p. 25. V. ainda ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 26.

⁵⁴ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009, p. 42.

⁵⁵ VERA LÚCIA RAPOSO fala nas várias infertilidades femininas, que impossibilitam uma mulher de ser mãe gestacional de uma criança. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 20.

⁵⁶ PORTO, Margarida, “O Direito a uma Família Real – O relevo do consentimento dos pais biológicos na constituição da relação de adopção”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 80, FDUC, 2004, p. 858.

um filho será apenas legal e afetiva, que é a que se consegue com a adoção.⁵⁷ E para os casais que podem transmitir o seu material genético, mas não conseguem conceber um filho? A estes casais também só lhes é permitido recorrer à adoção. Mas será essa a melhor alternativa? Será essa que vai satisfazer todos os seus interesses em constituir uma família com um filho biológico?

A grande diferença entre a adoção e a maternidade de substituição, hoje em dia, é que a primeira é uma instituição que salvaguarda os interesses das crianças, e a maternidade de substituição, por sua vez, quer prosseguir os interesses dos pretensos pais.⁵⁸

Mas nem sempre a adoção teve o intuito referido supra. “Na sociedade romana, a adopção tinha como objectivo primário assegurar ao adoptante a continuidade da família e do culto doméstico aos antepassados”⁵⁹. Não queremos com isto dizer que o instituto da adoção devia voltar às suas raízes (até porque não é sobre a adoção que nos queremos debruçar), mas sim fazer ver que, estando o regime da adoção pensado apenas para as crianças, e não podendo este, sob pena de ir contra o seu principal objetivo, deixar de pensar primeiro nelas, é necessário um instituto, ou algumas medidas, que privilegiem aqueles que desejam ser pais, não apenas pelo desejo de continuidade da família, que a sociedade romana procurava, mas sobretudo pela realização pessoal, que é, na sociedade atual, ter um filho.

⁵⁷ “O que leva a questionar qual a vantagem destas duas vias [hipóteses de maternidade de substituição exclusivamente com gâmetas de dadores] face à adopção (de facto, a maternidade de substituição parece levar primazia face à adopção precisamente porque permite ter um filho com o qual se mantém uma relação genética, que aqui pura e simplesmente desaparece).” Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos (...)”, ob. cit., pp. 125 e 126.

⁵⁸ Já GUILHERME DE OLIVEIRA dizia que o instituto da adoção “é um instrumento de protecção da infância desvalida que se acrescenta às variadas prestações sociais e a todos os mecanismos de defesa das crianças. É, pois, um instituto organizado em torno dos interesses do adoptando, como facilmente resulta do conjunto da sua regulamentação. É, digamos ainda, um remédio para as crianças que não têm pais ou para as crianças cujos pais não podem desempenhar o seu papel. Pelo contrário, o acordo de gestação não visa defender o interesse de uma criança necessitada, mas sim o interesse de um casal infértil que quer ter uma criança em sua casa. Será, portanto, um remédio para os adultos que não têm filhos.” Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma) duas! – O contrato de gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 54 e 55. No mesmo sentido: “A comparação entre o regime jurídico da adopção e as técnicas de PMA apenas pode ser feita em termos muito restritos (...) dado que a adopção não é tanto um instituto concebido para encontrar um filho para uma família, mas sobretudo para dar uma família ao adoptando, de acordo com o seu superior interesse, permanecerá como uma solução para um problema verdadeiramente existente, pois a criança já vive, reclamando o amor de uma família. Diversamente, em caso de recurso a técnicas de PMA, a criança ainda não foi concebida, pelo que o legislador se encontra em posição de determinar o ideal âmbito de aplicação subjectivo das mesmas, sem as pressões advenientes da existência de uma criança «órfã» e vulnerável”. Cfr. COSTA, Marta, Anotação ao artigo 6.º da Lei da PMA, in SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 32.

⁵⁹ Cfr. PORTO, Margarida, “O Direito (...)”, ob. cit., p. 859.

A adoção não pode ainda ser considerada uma verdadeira alternativa, pois, apesar da grande evolução que já sofreu desde a sua criação, continua a ser um processo muito lento e administrativamente complexo.

Pelo processo natural, um casal decide ter um filho e, entre o próprio ano e o ano seguinte, o bebé nasce; pelo processo da adoção, o bebé pode “nascer” “cinco anos depois da decisão e três anos depois da formalização da candidatura”⁶⁰, e estes prazos ainda podem ser maiores, consoante as preferências que os adotantes tenham e as particularidades dos adotados, consoante as condições que têm para adotar uma criança, a idade, etc. Claro que ao recorrer à maternidade de substituição não podemos contar com os prazos de um processo natural, no entanto, estando a situação regulada, será certamente mais célere do que a adoção.

Há ainda vários problemas do foro psicológico relacionados com a adoção, tanto do lado do adotado com do lado do adotante. A criança adotada nem sempre é um recém-nascido sem quaisquer traumas, que não sofreu maus tratos, enfim, nem sempre é uma criança física e psicologicamente sã. Quando a criança está “livre” destas condicionantes (mesmo já tendo partilhado sentimentos com a mãe durante a gravidez, como defendem DIOGO LEITE DE CAMPOS e ANTUNES VARELA)⁶¹, os problemas não serão tantos e os adotantes poderão facilmente criar e educar a criança como sendo totalmente sua, pois ela não tem um passado. Os grandes problemas surgem quando a criança já tem memórias da família biológica, sofreu algum tipo de violência, já tem uma história difícil de ser contornada tanto por ela como pela família adotiva. Nesses casos há uma grande probabilidade de os adotantes não conseguirem lidar com a situação, ficarem frustrados, e toda a situação da adoção que deveria servir para melhorar a vida de todos, só virá criar mais problemas.

Por outro lado, por muito que um casal deseje um filho, pode não ter a predisposição para recorrer à adoção, receber uma criança com a qual não tem qualquer ligação⁶², e aceitá-la como filha.

⁶⁰ Cfr. SANCHES, Andreia “Um só diploma vai regular tudo o que tem que ver com adoção de crianças”, *in* Público, edição de 27 de Outubro de 2014, p. 10.

⁶¹ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 58, e VARELA, Antunes, “A Inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro” *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, N.º 3852, 1995, p. 67.

⁶² Ligação, como por exemplo, a ligação biológica, em que fala FERNANDO ARAÚJO: “Invocar a existência da alternativa da adoção é não apenas subestimar a importância real da ligação biológica-genética, mas é também,

SOUSA DINIS defende que não se deve continuar a comparar a gestação de substituição com a adoção, pois, tal como acabamos de explicar, são “situações que, à partida, são diferentes, embora se reconheça terem pontos comuns.”, devendo ser reguladas de maneiras distintas. O autor acrescenta ainda que se deve ter “a coragem de largar a adoção como única bússola jurídica”⁶³. Ainda sobre este assunto, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL diz ser “necessário demarcar nitidamente em termos funcionais, Procriação Medicamente Assistida e Adopção como via de constituição de vínculos de filiação”⁶⁴. Talvez a própria Lei da PMA não separe bem estes dois meios de ter filhos, pois no seu artigo 12.º prevê que um dos direitos dos beneficiários é, precisamente, o de “ser[em] informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adoção e da relevância social deste instituto”⁶⁵, no entanto, VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA dizem que esta alínea serve apenas para “promover a adoção” e “conceder ao casal a possibilidade de evitar submeter-se às técnicas de PMA, consabidamente dolorosas física e psicologicamente”⁶⁶.

Concluindo, a adoção é uma alternativa meramente aparente à maternidade de substituição, pois esta não consegue os mesmos resultados nem tem os mesmos objetivos daquela⁶⁷; ou seja, apesar de constituir uma via para quem deseja ter um filho e não quer ou não pode tê-lo pelo método natural, devemos encará-la, na senda dos autores que referimos acima, como um ato livre de “optar pela adoção como forma de exercer a paternidade e a maternidade”⁶⁸, nunca como uma imposição, ou seja, como única opção.

queira-se ou não, fazer vacilar muitas normas morais e jurídicas cuja existência deriva da primazia que é expressamente reconhecida a essa ligação.” Cfr. ARAÚJO, Fernando, *A Procriação (...)*, ob. cit., p. 35.

⁶³ Cfr. SOUSA DINIS *apud* DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 91.

⁶⁴ Cfr. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)” *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 361.

⁶⁵ Cfr. Lei da PMA, artigo 12.º alínea e).

⁶⁶ Cfr. PEREIRA, André Dias e RAPOSO, Vera Lúcia, “Primeiras Notas (...)”, ob. cit., p. 91.

⁶⁷ Objetivos como a auto-realização pessoal: “(...) a PMA abre novas fronteiras no campo da auto-realização pessoal, pois a adoção tem-se relevado um mecanismo insuficiente para atingir este desiderato.” Cfr. NUNES, Rui, “Concorda com a maternidade de substituição?”, *in* Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 115, Junho 2014, p. 17.

⁶⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias e RAPOSO, Vera Lúcia, “Primeiras Notas (...)”, ob. cit., p. 92.

2.2. Transplante de Útero

Podemos falar de uma outra alternativa, esta muito mais recente, o transplante de útero. O primeiro transplante de útero foi realizado em 2000, na Arábia Saudita, mas sem sucesso, pois decorridos três meses, o órgão teve que ser retirado. Só em 2014 foi conhecido o primeiro caso de uma gravidez bem sucedida através de um útero transplantado, na Suécia.⁶⁹ Reconhecemos que este é um grande avanço para a medicina, no entanto, é um estudo que só agora começou a dar frutos, e está ainda pouco explorado para se poder chamar uma verdadeira alternativa.

Este procedimento implica as consequências naturais de uma cirurgia, mas ao contrário da generalidade dos transplantes, este não é efetuado para salvar a vida, ou para beneficiar a saúde do recetor. Submetem-se duas pessoas a cirurgias com um grau de dificuldade elevado, não só pela inexperiência causada pela novidade, mas por ser uma cirurgia bastante complexa, sem quaisquer certezas, à partida, de que aquele transplante vai conseguir possibilitar uma gravidez. Será que justifica correr o risco? Se se der a possibilidade a uma mulher sem útero de poder ver o filho crescer dentro de si, talvez ela o aceite sem pensar nas consequências, e isso seria sempre o ideal. Tal como defendemos que com um filho não desejado pode não existir qualquer ligação entre o bebé e a mulher que o carrega, numa gravidez muito desejada essa ligação pode tornar-se numa das mais fortes. Ainda assim pensamos que essa possível ligação não é fundamento suficiente para recorrer a um transplante de útero, pois os riscos são muito maiores.

Além das questões de saúde, existem, também aqui, problemas éticos. Como já dissemos atrás, estamos a pôr em risco a vida de duas pessoas, sem ter como fim a necessidade de salvar uma vida. Realiza-se o transplante com o único propósito de que aquela mulher possa ser, não só uma mãe biológica, mas também uma mãe geradora⁷⁰. Retira-se o útero a uma mulher saudável apenas para, depois de a mulher recetora conseguir conceber um bebé ou de o seu corpo rejeitar o útero, o órgão ser novamente retirado e permanentemente inutilizado. Ou seja, tantos riscos, para um transplante que é apenas temporário.

⁶⁹ “Médicos confirmam primeiro nascimento de um bebé a partir de um útero transplantado”, in Público, edição de 4 de outubro de 2014, disponível em: <http://www.publico.pt/ciencia/noticia/medicos-confirmam-primeiro-nascimento-de-um-bebe-a-partir-de-um-utero-transplantado-1671842>. Página consultada a 4 de outubro de 2014.

⁷⁰ Termos utilizados por VERA LÚCIA RAPOSO. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 34.

Não podemos ainda considerar este transplante uma verdadeira alternativa à gestação de substituição, pois ele não está ao alcance dos homens, logo esses continuam sem qualquer recurso se quiserem ter um filho biológico.

Entendemos então, que apesar da conquista para a medicina, os benefícios não cobrem os riscos, não considerando o transplante de útero uma verdadeira alternativa à gestação de substituição. Esta poderá vir a ser uma alternativa para as mulheres que, sem útero, queiram ter filhos, mas nunca será para todos os outros que só podem ter filhos com recurso a uma gestante.

3. Tentativas de Contornar a Proibição da Gestação de Substituição

“Não basta um fenómeno ser proibido, para que se não produza.”⁷¹ Em 2010, o Diário de Notícias informava que, mesmo sem a lei o permitir, bebés nascidos por via de um contrato de maternidade de substituição eram registados em Portugal.⁷² Na mesma notícia, o Juiz Desembargador Eurico Reis, atual presidente do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), explica a razão por que isto acontece: “obviamente, em Portugal, nenhum conservador vai pedir a prova de qual foi a mãe que deu à luz”.⁷³ Existem hoje alguns avanços quanto ao registo de nascimentos, nomeadamente o projeto “nascer cidadão”, que o permite fazer no hospital ou maternidade, logo após o nascimento⁷⁴, o que torna muito mais difícil qualquer fuga à lei. No entanto, este projeto não chega a todo o lado, muito menos chega ao estrangeiro.

E onde ele não chega? Para registar um recém-nascido numa conservatória do registo civil basta escolher um nome e declarar quem é a mãe. De acordo com o artigo 114.º do Código do Registo Civil, se o nascimento for declarado antes de decorrido um ano, basta que

⁷¹ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, “Procriação Assistida e Direito”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Vol I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 651. Como aconteceu nos Estados Unidos da América: “O conteúdo moral destas questões tornou o negócio de bebés demasiado melindroso para ser legislado nos EU. Mas não deteve o mercado em si.” Cfr. SPAR, Debora L., *O Negócio (...)*, ob. cit., p. 51.

⁷² “Lei nacional não permite mas bebés acabam registados”, in Diário de Notícias, edição de 12 de setembro de 2010, disponível em: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660540. Página consultada a 19 de novembro de 2014.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Disponível em: http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/nascer-cidadao/. Página consultada a 3 de dezembro de 2014.

seja a mãe a declarante, para se estabelecer a maternidade, se não for esta a declarante, terá que ser notificada, para confirmar a filiação. Não se faz aqui qualquer prova biológica, nem de qualquer outro tipo.⁷⁵

Em França, “desde a década de 80 que, (...) se tem recorrido ao instituto da adopção para encobrir acordos de maternidade de substituição. Procede-se, normalmente, da seguinte forma: uma mulher aceita ser inseminada com o esperma de um homem casado com uma mulher estéril; aquando do nascimento, a mãe biológica exerce o direito a não ser declarada como tal e o pai reconhece a criança. Detendo este as responsabilidades parentais, pode permitir a adopção da criança pelo cônjuge estéril, que beneficia do regime privilegiado aplicável a este tipo de adopção.”⁷⁶ O mesmo se previu em Itália, com o caso “*Valassina – Bedjaoui*”. Caso em que a mulher, que acordou com um contrato de maternidade de substituição, não entregou a criança ao casal contratante no fim da gestação; o casal recorreu ao tribunal, que não reconheceu o contrato, mas deu ao pai a possibilidade, que sempre teve, de, como “pai biológico da criança, (...) reconhecê-la, pedindo a inserção da mesma na sua família legítima, não obstante a mãe biológica ter idêntica faculdade. Se o pai conseguisse tal, a aspirante a mãe poderia recorrer às regras previstas para os casos de adopção especial.”⁷⁷

Porém, isto só é possível nestes países porque a lei prevê o direito ao anonimato da mãe, direito que foi restringido em Itália apenas para quando se recorre a técnicas de PMA; no entanto, o mesmo não foi feito em França.⁷⁸ Também em Espanha se conseguia retirar “da conjugação das normas do respectivo Código Civil com as regras registais (...) a possibilidade para a mãe não casada de se opor a que a sua identidade constasse do registo do nascimento do

⁷⁵ Já GUILHERME DE OLIVEIRA dizia: “Basta que o acordo não seja publicitado e seja integralmente cumprido para que a cifra escondida aumente sem conhecimento ou controlo possíveis.”, referindo-se aos casos de maternidade de substituição desconhecidos, mas adequa-se aqui a este nosso pensamento. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (...)*, ob. cit., p. 15.

⁷⁶ Cfr. SILVA, Paula Martinho da, Anotação ao artigo 8.º da Lei da PMA, in SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta, *A Lei (...)*, ob. cit., p. 61.

⁷⁷ Cfr. SILVA, Paula Martinho da, Anotação ao artigo 8.º da Lei da PMA, in SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta, *A Lei (...)*, ob. cit., p. 63.

⁷⁸ Cfr. SILVA, Paula Martinho da, Anotação ao artigo 8.º da Lei da PMA, in SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta, *A Lei (...)*, ob. cit., p. 65. No mesmo sentido: “um sistema de «parto anónimo» encontra-se consagrado em França (mantendo-se depois de alterações legislativas ocorridas em 2002, que lhe conferiram alguma «abertura»), e permite que a mulher que «dá à luz» uma criança solicite o anonimato e a entregue aos serviços competentes a fim de ser adoptada”. Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 383.

filho, ou, no caso de não ter sido ela a declarante do mesmo, afastar («desconhecer») a sua maternidade e fazendo-a eliminar do registo”⁷⁹, mas essas soluções foram tidas como inconstitucionais em 1999, pelo Supremo Tribunal espanhol. Todas as soluções que expusemos são como que um sistema de parto anónimo, esse que, em Portugal, parece não estar consagrado.⁸⁰ No entanto, o que queremos demonstrar aqui não é a possibilidade de um parto anónimo mas sim a capacidade de registar uma criança com o nome da mãe que não a deu à luz.

Ainda assim, este registo pode constituir um crime de falsificação do estado civil, previsto no nosso Código Penal, no artigo 248.⁸¹ Apesar de ainda ser de aplicação um pouco ampla, o que nos importa aqui são apenas os casos em que o estado de família é alterado, especificamente no que diz respeito à filiação. Estes casos, segundo DAMIÃO DA CUNHA, são “[d]os casos mais correntes (...) caso de existir um nascimento real, mas a atribuição da maternidade ser falsa”⁸². Mas, tal como pergunta TIAGO DUARTE, “continuará a ser crime o facto de a mãe genética registar o filho como seu (sendo-o de facto, de um ponto de vista genético) mesmo que ninguém se oponha a essa declaração?”⁸³. Mesmo havendo uma oposição, com que fundamento se retirará do registo – um registo que, de acordo com a lei, não pode indicar que a criança nasceu por via da maternidade de substituição⁸⁴ – a mãe genética, que partilha o mesmo ADN com a criança?

Claro que não basta conseguir registar o nascimento para se conseguir recorrer à maternidade de substituição com sucesso, indo contra a lei. Esse é apenas o final do processo, é necessário que se consiga iniciá-lo, de maneira que a lei o permita.

⁷⁹ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, ob. cit., p. 383.

⁸⁰ Cfr. REIS, Rafael Vale e, *O Direito (...)*, ob. cit., p. 383.

⁸¹ “Quem: (...) b) De maneira a pôr em perigo a verificação oficial de estado civil ou de posição jurídica familiar, usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa; é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”

⁸² Cfr. CUNHA, J. M. Damião da, “Falsificação de estado civil”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 609. Curiosamente o mesmo autor refere, que “na Áustria, o § 200 do StGB apenas prevê a punição da troca de identidade no registo de menor”, país que não permite a maternidade de substituição.

⁸³ Cfr. DUARTE, Tiago, *In Vitro (...)*, ob. cit., p. 89.

⁸⁴ Artigo 16.º n.º5 da Lei da PMA “O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.”

Em Portugal, a Lei que regula a PMA apenas permite o recurso às suas técnicas por pessoas casadas ou unidas de facto, que sejam de sexo diferente.⁸⁵ Apesar das tentativas de permitir o acesso a todas as mulheres, independentemente do estado civil ou orientação sexual (tal como acontece em Espanha⁸⁶) – funcionando assim, estas técnicas, não como um método subsidiário, como a lei consagra, mas sim como um método complementar – ainda nenhum projeto foi aprovado na Assembleia da República.

Quanto à inseminação artificial, de acordo com o artigo 19.º da mesma lei, só se pode utilizar sémen de um terceiro dador quando não for de todo possível usar o do elemento masculino do casal; relativamente à fertilização *in vitro*, o embrião deve ser formado com gâmetas do casal, no entanto, no artigo 25.º n.º 2, permite-se que embriões de um casal possam ser doados a outro se tiver decorrido o prazo de três anos da sua formação. O artigo 27.º fala ainda de fertilização *in vitro* com gâmetas do dador, remetendo para os artigos referentes à inseminação artificial com sémen de dador. Ou seja, em casos excecionais, é permitida a utilização de embriões sem qualquer ligação genética ao casal beneficiário. Com isto parece, então, não ser possível iniciar o processo da maternidade de substituição, respeitando a lei.

3.1. Recorrer a um País Estrangeiro

Existe ainda a possibilidade de recorrer a um país estrangeiro que permita o recurso à maternidade de substituição. “O turismo médico internacional tem crescido rapidamente nos últimos anos e já se encontra amplamente difundido. Especialmente na área da procriação medicamente assistida, leis nacionais proibitivas acabam encorajando casais inférteis a buscar tratamento médico em países com legislações mais liberais.”⁸⁷ DÁRIO MOURA VICENTE fala em situações em que a criança é gerada no estrangeiro, com material genético de terceiros ou do casal recetor, e distingue entre os casos em que é solicitada a transcrição do assento de

⁸⁵ Como já referimos supra no Capítulo 1, Título 1.

⁸⁶ Questão explicada no Capítulo 4, subtítulo 2.3.

⁸⁷ Cfr. ALCANTARA, Marcelo de, “Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras?”, *in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 8, n.º 16, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 99. V. também SILVA, Nuno Ascensão e RIBEIRO, Geraldo Rocha, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, artigo inédito cedido pelos autores, p. 19.*

nascimento para Portugal e os casos em que a filiação é estabelecida por decisão judicial no estrangeiro e é necessário que essa produza efeitos em Portugal.⁸⁸ Ambos os casos levantam várias questões em termos de direito internacional privado.

Quanto aos primeiros, existem vários casos concretos em todo o mundo, como por exemplo o “Caso Mennesson”⁸⁹. Os casais recorrem ao estrangeiro, a um país que lhes permite estabelecer um contrato de maternidade de substituição, e nesse mesmo país é estabelecida a filiação em relação aos pais contratantes; mas quando regressam ao seu país de origem e tentam, aí, continuar o projeto de família já iniciado, surgem problemas. Problemas que se resumem ao não reconhecimento ou à recusa de transcrição do assento de nascimento. Em Portugal, o Código de Registo Civil, no seu artigo 6.º, dispõe que, podem ingressar no registo civil nacional atos de registo lavrados no estrangeiro, desde que não contrariem os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, entre outros requisitos, mas é este o que causa dificuldades nesta matéria.

Como explica FERRER CORREIA, a ordem pública internacional “limita a aplicabilidade das leis estrangeiras”⁹⁰. Diz ainda que “cada Estado tem naturalmente os seus valores jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger” e é isso que a ordem pública internacional salvaguarda.⁹¹

Quanto às transcrições de atos de registo, não estamos a falar de uma pura aplicação de leis, não vamos aplicar uma lei estrangeira a um caso concreto, vamos sim reconhecer uma situação estabelecida no estrangeiro, de acordo com leis estrangeiras. No entanto, a ideia elementar é a mesma, pois o que se pretende é “evitar que situações jurídicas dependentes de um direito estrangeiro e incompatíveis com postulados basilares do direito nacional venham inserir-se na ordem sócio-jurídica do Estado do foro e fiquem a poluí-la”⁹², pois, permitir a transcrição de um assento de nascimento, derivado de um contrato de maternidade de

⁸⁸ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional”, *in* Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 608.

⁸⁹ Para mais pormenores cfr. VICENTE, Dário Moura, “Maternidade (...)”, *ob. cit.*, p. 612.

⁹⁰ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, Vol. I, 4.ª reimpressão da edição de Outubro de 2000, Almedina, Coimbra, 2007, p. 405.

⁹¹ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito (...)*, *ob. cit.*, p. 406.

⁹² Cfr. CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito (...)*, *ob. cit.*, p. 410.

substituição, iria “poluir” todo o sistema do registo civil nacional, contrariar a lei e abrir um precedente para demais casos semelhantes. Mas será que a lei permite de alguma maneira estas transcrições? Ou basta simplesmente invocar a ordem pública internacional do Estado português para as não reconhecer? Vejamos.

DÁRIO MOURA VICENTE diz que se requer um juízo de incompatibilidade, para a atuação da reserva da ordem pública internacional, entre o reconhecimento da situação jurídica constituída, e os princípios fundamentais do direito de Portugal.⁹³ A situação jurídica aqui em causa é, simplesmente, o estabelecimento da filiação em relação a um casal português, que Portugal terá que reconhecer com a transcrição do assento de nascimento da criança. Em que é que isto vai contra os princípios fundamentais do direito português? Pensamos que, em nada⁹⁴. Com isto estamos apenas a reconhecer o nascimento de uma criança e a reconhecer quem são os seus pais, não estamos a aceitar a dignidade dos contratos de maternidade de substituição e muito menos a sua prática. Estamos a dar “estabilidade e continuidade através das fronteiras” às “situações privadas internacionais”⁹⁵. O que é necessário valorar em situações como esta é aquilo que vai provocar no ordenamento jurídico português. Como já vimos, acreditamos não existirem graves consequências quanto ao reconhecimento da filiação, mas, por outro lado, pensamos que podem existir consequências quanto ao não reconhecimento. O facto de Portugal não reconhecer uma filiação estabelecida no estrangeiro significa que, no nosso país, a criança não tem pais e não tem, sequer, nacionalidade, pois, para o país onde a criança nasceu, ela é portuguesa, a nacionalidade dos pais, mas Portugal não aceita o seu assento de nascimento e não a reconhece como portuguesa. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 7.º n.º 1, prevê o direito de todas as crianças a adquirir uma nacionalidade; com a recusa da transcrição do assento de nascimento, estamos a permitir que uma criança seja apátrida e que, legalmente, não tenha pais. O facto de uma criança ser apátrida é uma consequência particularmente grave, pois além de o artigo referido prever o

⁹³ Cfr. VICENTE, Dário Moura “Maternidade (...)”, ob. cit., p. 619.

⁹⁴ Tal como defende DÁRIO MOURA VICENTE, “é impossível afirmar, em termos gerais e abstractos, que o reconhecimento de um ato de registo civil lavrado no estrangeiro relativo a uma maternidade de substituição ofende a ordem pública internacional do Estado português”. Cfr. VICENTE, Dário Moura “Maternidade (...)”, ob. cit., p. 620.

⁹⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura “Maternidade (...)”, ob. cit., p. 620.

direito a uma nacionalidade, o n.º 2 do mesmo artigo estipula que os Estados devem ter um cuidado especial para garantir que não ocorra essa consequência.

A referida Convenção consagra ainda, no seu artigo 3.º, que todas as decisões adotadas pelos Estados Partes, relativas às crianças, têm que ter em conta, em primeiro lugar, o superior interesse das mesmas. Será o superior interesse da criança não ver reconhecida a sua paternidade nem nacionalidade? CLAIRE NEIRINCK defende que, diferentemente do que se passa em França em matéria de direito da filiação, os direitos dos progenitores e o princípio da verdade devem ser limitados pelo superior interesse da criança.⁹⁶

Quanto ao segundo grupo de situações, o problema do reconhecimento de sentenças estrangeiras que estabelecem a filiação, as questões são um pouco diferentes. Antes de estas decisões em concreto serem registadas, de acordo com o artigo 7.º do CRC, é necessário, como dispõe o artigo 978.º do CPC, que a sentença seja revista e confirmada. Esta confirmação, explica o artigo 980.º do mesmo código, depende, entre outros requisitos, de que do reconhecimento da decisão não resulte uma manifesta incompatibilidade com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português. Parece, então, com isto, que vamos chegar a uma mesma conclusão, tal como DÁRIO MOURA VICENTE, “há, (...)”, também nestes casos um *favor recognitionis*, que em princípio levará a admitir a produção de efeitos em Portugal por tais decisões”.⁹⁷

Analisada esta opção de contornar a lei, mesmo com a possibilidade de obter um resultado positivo, não a podemos considerar como uma verdadeira solução. Recorrer à maternidade de substituição num país estrangeiro requer muitos recursos financeiros, mas também alguns conhecimentos que não estão na disponibilidade de qualquer pessoa. Pensamos que apenas os casais mais ricos e com um maior nível intelectual conseguem ter a destreza para optar por uma decisão destas e conseguir levá-la até ao fim.⁹⁸

⁹⁶ “La Convention commande de porter un autre regard sur le droit de la filiation: le droit des géniteurs, le principe de vérité, doivent être limité en fonction de l’intérêt supérieur de l’enfant.” Cfr. NEIRINCK, Claire, *Le Droit de L’enfance – Après la Convention des Nations Unies*, Delmas, Paris 1993, p. 32.

⁹⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura “Maternidade (...)”, ob. cit., p. 625.

⁹⁸ Um casal português recorreu à Índia para ter um filho geneticamente dependente do pai, com óvulos de uma dadora, e através de uma gestante. Pagou 25 mil euros e viajou duas vezes para o país. Além das quantias elevadas, ainda sofreram a possibilidade de ficar sem o filho, pois no momento do registo de nascimento, na embaixada portuguesa em Deli, regulada pelas leis portuguesas, a mulher do casal não foi reconhecida como

“Os contratos de gestação plurilocalizados apresentam apreciáveis riscos, uma vez que, face à diversidade legislativa e às contrárias *policies* estaduais que nesta matéria afastam os sistemas jurídicos internos, são inúmeros os perigos que daí podem resultar para todos os intervenientes.”⁹⁹ Riscos como o incumprimento do contrato, como a sujeição a preços elevados, como o desrespeito pela dignidade da gestante, por se encontrar em situações de extrema necessidade.¹⁰⁰

Deparamo-nos aqui com uma desigualdade de acesso, se é que lhe podemos chamar acesso, à maternidade de substituição. Quem é responsável por esta desigualdade? Poderíamos dizer que que é uma desigualdade natural; que quem tem maiores possibilidades económicas pode recorrer a uma melhor educação, aos tratamentos de saúde mais avançados, às últimas tecnologias. Mas não estamos sempre a tentar combater essa “desigualdade natural”, não queremos, cada vez mais, que todos os serviços públicos sejam tão bons ou melhores que os serviços privados. Aqui não se trata de serviços públicos ou privados, nem tão pouco de um serviço prestado em Portugal, mais até, um serviço proibido em Portugal. Mas haverá um limite para a igualdade? Pretende-se alcançar uma igualdade em Portugal ou entre os portugueses? Acreditamos que esta desigualdade de acesso à maternidade de substituição no estrangeiro é provocada, indiretamente, pela lei portuguesa. À primeira vista isto poderá não fazer muito sentido mas é a proibição da lei que obriga o recurso ao estrangeiro, e é a lei que depois permite o regresso com sucesso.

Não é certo que tudo aconteça assim e que tenha um resultado com sucesso. Ainda assim é possível. No entanto, não pensamos ser esta razão suficiente para legalizar a maternidade de substituição em Portugal¹⁰¹, iremos expô-las de seguida.

mãe. Foi necessário que a gestante recusasse a criança para que esta pudesse vir com o pai para Portugal e posteriormente ser adotada pela mulher do pai. Cfr. Expresso, edição de 24 de janeiro de 2015, pp. 20 e 21.

⁹⁹ Cfr. SILVA, Nuno Ascensão e RIBEIRO, Geraldo Rocha, “A maternidade (...)”, ob. cit., pp. 19 e 20.

¹⁰⁰ A reportagem referida na nota 100 faz referência a uma clínica reprodutiva na Índia com cerca de 300 grávidas permanentemente. Estas situações provocam violações de dignidade humana, mas em países longínquos. Portugal não deverá preocupar-se também com essas violações, ou apenas nos devemos preocupar quando tudo isso se passa no nosso país?

¹⁰¹ “(...) as fugas às proibições legais serem previsíveis não é razão para que o legislador se demita de estabelecer essas proibições se o entender socialmente justificado.” Cfr. COELHO, F. M. Pereira, “Procriação Assistida com gâmetas do casal”, in Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar, 12-13 Dezembro 1991, Centro de Direito Biomédico FDUC, Coimbra, 1993, p. 12.

CAPÍTULO 3 – PERMITIR A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

1. Alguns Argumentos a Favor

O simples facto de estarmos a lutar pela criação de uma vida devia, por si só, ser um grande fator a favor da maternidade de substituição. VERA LÚCIA RAPOSO vai mais longe, defendendo que, “se entendermos que o direito à vida é o mais básico dos direitos da pessoa humana, todas as acções que o fomentem ou favoreçam terão que ser legalmente admitidas”¹⁰². Mais, num mundo cada vez mais envelhecido, onde Portugal se encontra com as piores estatísticas, em que o número de filhos é cada vez menor e a taxa de natalidade é das piores da União Europeia¹⁰³, não parece um bom incentivo não ajudar, não permitir, àqueles que o querem a todo o custo, ter um filho.

1.1. Admissibilidade da Gestação de Substituição

Pensamos que outro argumento a favor pode ser o facto de o Código Deontológico dos Médicos, no seu artigo 63.º, pertencente ao capítulo relativo à PMA, prever o recurso à maternidade de substituição, ainda que “em situações da maior excepcionalidade”¹⁰⁴. Se os médicos, especialistas na saúde (tanto física como mental), conseguem prever o recurso a um processo tão delicado, parece que, à partida, ele não cria assim tantos problemas.¹⁰⁵ AGOSTINHO ALMEIDA SANTOS fala ainda das decisões em matéria de PMA, que devem ter sempre em conta os princípios clássicos e conhecidos em termos deontológicos, nunca esquecendo, claro, a dignidade da pessoa humana¹⁰⁶; partindo do pressuposto que todo o Código Deontológico dos Médicos respeita estes princípios, parece-nos um bom defensor da

¹⁰² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 88.

¹⁰³ A taxa de natalidade em Portugal foi de 7,9% por mil habitantes, contra, por exemplo, 12,2% do Reino Unido, em 2013. “Portugal teve a taxa de natalidade mais baixa da UE em 2013”, disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2014-07-10-portugal-teve-a-taxa-de-natalidade-mais-baixa-da-ue-em-2013>. Página consultada a 15 de janeiro de 2015.

¹⁰⁴ Artigo 63.º n.º 5 do Código Deontológico dos Médicos.

¹⁰⁵ RAFAEL VALE E REIS refere-se ao mesmo ao exemplificar alguns importantes defensores da maternidade de substituição. Cfr. REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas” *in* *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 7, N.º 13, 2010, p. 89.

¹⁰⁶ Cfr. SANTOS, Agostinho Almeida, “Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores” *in* *Genética e Pessoa Humana*, Centro de Estudos de Bio-Ética, Coimbra, 1991, p. 35.

maternidade de substituição. Também o Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (doravante CNECV), de 2012, sobre PMA e gestação de substituição, dá um parecer positivo à regulação pela lei, da permissão da maternidade de substituição.¹⁰⁷

Seguindo um pouco a mesma lógica, se atendermos à existência da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, adotada por aclamação em outubro de 2005, em que é dito, entre outras coisas: “Reconhecendo que, baseados na liberdade da ciência e da investigação, os progressos da ciência e da tecnologia estiveram, e podem estar, na origem de grandes benefícios para a humanidade, nomeadamente aumentando a esperança de vida e melhorando a qualidade de vida, e sublinhando que estes progressos deverão sempre procurar promover o bem-estar dos indivíduos, das famílias, dos grupos e das comunidades e da humanidade em geral, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” e “Convicta de que a sensibilidade moral e a reflexão ética devem fazer parte integrante do processo de desenvolvimento científico e tecnológico e de que a bioética deve ter um papel fundamental nas escolhas que é necessário fazer, face aos problemas suscitados pelo referido desenvolvimento”; e é com base nisto que está prevista toda a declaração. Esta declaração tem, então, como pressupostos, a dignidade humana, a qualidade de vida, bem-estar das famílias, respeito pela liberdade, e muito mais, ou seja, todos os pressupostos pelos quais a bioética se guia, para não violar qualquer direito. Sendo esta declaração assinada por países que permitem a maternidade de substituição, como por exemplo o Reino Unido ou os Estados Unidos da América, parece que podemos afirmar que a maternidade de substituição não é proibida pela Declaração da UNESCO, ou será esse um risco muito grande? A verdade é que estes países já permitiam, antes de 2005, o recurso à maternidade de substituição. De qualquer maneira não faria sentido concordarem com algo que iria contra a lei interna sobre maternidade de substituição. Consideramos que esta declaração, permite a maternidade de substituição, não a obriga, nem tão pouco a menciona, mas os seus princípios não a proíbem, deixando claro, a cargo de cada Estado, decidir a melhor maneira para os respeitar, no entanto parece-nos ser mais um pequeno argumento a favor da permissão da maternidade de substituição.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>.
Página consultada a 10 de novembro de 2014.

1.2. Direito a Constituir Família

A CRP prevê, no artigo 36.º, o direito a constituir família, direito este que é universal, não faz qualquer tipo de discriminação, todos e qualquer um podem construir uma família. Neste artigo, o conceito de família engloba, “sem dúvida, [o] direito fundamental de procriar e de ver a prole juridicamente reconhecida: o preceito invoca-se no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação”¹⁰⁸. E essa família deve ter total proteção do Estado “como elemento fundamental da sociedade”¹⁰⁹ que é. Essa tarefa deve conseguir evitar a consequência da adoção¹¹⁰ que não é, de todo, o que é feito com a maternidade de substituição, pois, ao obrigar uma mulher a ficar com um filho que não é dela (por muito que a lei diga o contrário), vai fazer com que esta recorra ao instituto da adoção. Deve ainda o Estado, de acordo com a alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP, “regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”, esta referência específica “claramente evidencia a relevância da procriação medicamente assistida para a efectivação do direito fundamental a procriar”¹¹¹. Como já demonstrámos, defendemos que a maternidade de substituição não é violadora da dignidade humana, logo, consideramos que o Estado devia regular e criar condições para que todos os que não conseguem constituir família pelos meios naturais, pessoas que também estão incluídas no “todos” em que o artigo 36.º fala, o consigam pelos meios disponibilizados pela ciência, “porque parece valer entre nós, e à face da nossa lei, um recorte conceptual alargado, do direito a procriar, abarcando a procriação artificial através de processos médicos aceites e juridicamente reconhecíveis”¹¹². A medicina já aceita a maternidade de substituição, como vimos atrás, só falta ser reconhecida pela lei.

¹⁰⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida” *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 49, 1989, p. 768. Já aí, na mesma obra, o autor colocava a hipótese “que a norma [viesse] a ganhar também o valor de conferir aos indivíduos um direito à utilização dos meios cientificamente comprovados e aptos para a procriação. Tratar-se-ia apenas de uma faceta de um pretenso direito subjectivo ao que é tecnologicamente possível. Restaria ao legislador ordinário estabelecer as condições do exercício daquele direito, designadamente as que respeitassem ao acesso de casais, de mulheres solteiras, de pares homossexuais, ou as que estabelecessem a necessidade de uma indicação terapêutica e excluíssem o acesso por mera conveniência. Tudo isto sem pôr em causa o «núcleo essencial» do direito”.

¹⁰⁹ Artigo 67.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

¹¹⁰ Cfr. PORTO, Margarida, “O Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 856.

¹¹¹ Cfr. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1366.

¹¹² Cfr. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos Familiares (...)”, *ob. cit.*, p. 355.

1.3. Direito ao Desenvolvimento da Personalidade

Também a CRP, no seu artigo 26.º, prevê o direito ao desenvolvimento da personalidade, este direito “constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial da integridade desta”¹¹³, dentro destas três dimensões, a que nos interessa é a “protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias”¹¹⁴, que especificamente engloba “a liberdade de ter ou não ter filhos”¹¹⁵. Como já fizemos alusão antes, ter um filho é algo com muito valor, algo que vai ser tido, para o casal, como “expressão de realização pessoal de cada um e da relação que os une”¹¹⁶; preenche certamente o projeto de vida do casal, e pode até ser a sua única vocação. Quantas mulheres dizem que “nasceram para ter filhos”, é essa a sua vocação e não um trabalho qualquer. Se a Constituição consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade, onde especifica que a atuação para esse desenvolvimento deve ser protegida pelo Estado, e entende que para muitos o desenvolvimento passa por ter ou não ter filhos, parece-nos que este direito está de acordo com o nosso pensamento, deve o Estado proteger quem não consegue ter filhos sem qualquer intervenção, e ajudá-los a desenvolver a sua personalidade, permitindo-lhes o uso de meios para que o prossigam.

2. Do critério da maternidade

O que é determinante, a verdade biológica ou o parto?

“(…)Quando o tradicional princípio do parto como critério da maternidade jurídica foi plasmado, a hipótese de uma mulher dar à luz um bebé que não partilhava o seu código genético era pura ficção. Mas este princípio – de resto, como qualquer outro – deve adequar-se

¹¹³ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 463.

¹¹⁴ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 463.

¹¹⁵ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 463. V. também GOMES, Carla Amado, “Filiação (...)”, ob. cit., p. 21.

¹¹⁶ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão, “Mudam-se os tempos, Manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho” in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009, p. 132.

aos avanços da ciência e às concepções vigentes em cada época (...)”¹¹⁷. Será um argumento válido contra a maternidade de substituição o facto de a lei prever que mãe é aquela que sofre as dores do parto? Veremos.

“(...)É-se filho de alguém por causa do código genético, ou apesar disso?”¹¹⁸ Já falámos sobre o verdadeiro sentido que a sociedade dá a palavra mãe, que vai muito para além da ligação genética. EDUARDO SÁ defende que, “num plano psicológico, (...) a filiação é uma experiência relacional e afetiva”¹¹⁹ Não temos dúvidas que a sucessão biológica não é condição exclusiva para podermos estabelecer a filiação e não tem prevalência sobre a filiação afetiva. No entanto, agora surge-nos outro problema, já não o da comparação entre a verdade biológica e a verdade afetiva, mas sim, entre a verdade biológica e a ligação uterina entre a mulher que suporta a gravidez e a criança que vai nascer.

“Se é indiscutível a ligação que a mãe uterina estabelece durante nove meses¹²⁰ que dizer das características morfológicas e das condições funcionais, das doenças e das deficiências, mas também da cor de olhos e do cabelo, da beleza e da força, da capacidade cerebral e da habilidade manual, que dizer de tudo isto que é dado pela mãe genética?”¹²¹ Se defendemos que a verdade biológica não é a única forma de determinar a filiação, não vamos agora defender que quando se trata de casos de maternidade de substituição, já é esta a única relevante. É necessário optar por uma forma de determinação da paternidade, que vai ser uma conjugação de fatores, não só o fator genético, nem só o fator parto.

Na maternidade de substituição podemos conseguir conjugar o fator genético (o bebé pode ser gerado com gâmetas do casal, ou apenas de um) e o fator afetivo, que está sempre presente (ou deverá estar), pois aquele filho foi muito desejado, e haverá certamente uma relação de muito amor e afeição naquela família. “A família é um lugar de afectos e (...) a

¹¹⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Quando a cegonha chega por contrato”, in Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 88, Março 2012, p. 26.

¹¹⁸ Cfr. SÁ, Eduardo, “Problemas Psicológicos (...)”, ob. cit., p. 45.

¹¹⁹ Cfr. SÁ, Eduardo, “Problemas Psicológicos (...)”, ob. cit., p. 45.

¹²⁰ ALBIN ESER também fala da importância dessa ligação: “(...) parece que, de acordo com investigações recentes, a estreita ligação entre a grávida e a criança que vai crescendo dentre dela tem um importante significado para o posterior desenvolvimento da última”. Cfr. ESER, Albin, “Genética Humana (...)”, ob. cit., p. 60.

¹²¹ Cfr. DUARTE, Tiago, *In Vitro (...)*, ob. cit., p. 71.

relação de filiação pressupõe uma ligação afectiva entre os respectivos sujeitos.”¹²² Então aquilo que temos que conjugar para estabelecer a filiação é a vontade de ser pai, ver o filho como projeto de vida e a identidade genética; esquecendo qualquer possível ligação que possa existir entre o embrião e a gestante, esta sem qualquer projeto ou afeição pelo bebé que ajudou a trazer ao mundo. Não vemos por que razão aquela mulher, que fez nascer uma criança que, sem a sua ajuda, não existiria – e que assim realizou o sonho de um casal que, sem a sua ajuda, não seria realizado – há-de ser, como a lei diz, “para todos os efeitos legais (...) mãe da criança que vier a nascer”¹²³. Porque é que aquela mulher, que não tem qualquer relação com a criança, nem biológica nem afetiva, que pode nem ter qualquer instinto maternal¹²⁴, tem uma maior capacidade para ser mãe do que aquela que, impossibilitada de os ter, não desistiu e lutou para conseguir ter um filho, que o deseja e o quer educar como sendo seu. O legislador pensará, certamente, que a mulher que suportou uma gravidez durante nove meses será a melhor mãe para aquela criança, pois, com a criança, nasceu também uma mãe, no sentido social da palavra; o legislador não conhecerá certamente os casos de mães que não gostam dos filhos, que os dão para a adoção, ou que os mal tratam? Não saberá que nem sempre com uma criança nasce uma mãe?¹²⁵ Na maternidade de substituição haverá sempre uma mãe, ao contrário da maternidade dita natural. Pois, mesmo assim, a lei prefere ter mais um filho sem mãe, como já existem tantos, do que dar uma mãe à criança que nasceu de outra mulher. Muitos dirão que, para esses casos, servirá a adoção, no entanto, já vimos que o instituto da adoção não é, por certo, o melhor para o futuro das crianças.

¹²² Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Critério Biológico e Critério Social ou Afectivo na Determinação da Filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores”, *in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, N.º 9, 2008, p. 5.

¹²³ Artigo 8.º da Lei da PMA.

¹²⁴ Existe um estudo que demonstrou “que o instinto maternal não aparece simples e imediatamente após o nascimento: 34% das mães têm um sentimento neutro; 7% sentimentos negativos; e só 52% uma reacção imediata ao bebé”. Cfr. BISCAIA, Jorge, SANTOS, Maria Lurdes de Carvalho, OSÓRIO, Maria Eduarda, AVELINO, Manuel, CRUZ, Ema, “Alguns aspectos da relação mãe-filho no período neonatal precoce” *in Saúde Infantil*, Vol. 3, N.º 2, Set. 1981, p. 102.

¹²⁵ Pensamos que se adequa aqui, a ideia que o “bebé não nasce após 9 meses de gravidez, nasce quando nasce na imaginação dos pais”. Cfr. BISCAIA, Jorge e SÁ, Eduardo, “Dinâmica Emocional na Gravidez – Contributo para uma estratégia de avaliação da personalidade através do desenho”, *in Coimbra Médica*, Vol. 15, N.º 4, 1994, p. 257. O bebé poderá nascer então na imaginação dos futuros pais quando acordam com a gestante, e para esta nunca chegar a nascer um filho.

Apesar de a lei proibir a maternidade de substituição, prevê a possibilidade de ela existir e condena a criança por isso¹²⁶. Além de defendermos o fim desta proibição, consideramos que a maneira como a lei a sanciona não é de todo a melhor. Tudo isto “acaba por poder acarretar um tratamento discriminatório da mulher com problemas de infertilidade situados não a nível ovular, mas uterino”¹²⁷.

Consideramos então que não há um fator de estabelecimento da filiação, mas sim um conjunto, que irá dar uma verdadeira família aquela criança tão esperada. Compreendemos que o parto é o critério mais simples para estabelecer a filiação¹²⁸, e aquele que a lei prevê¹²⁹, porém, pensamos apenas ser adequado para filiações que ocorrem de maneira dita normal. Sabemos que um contrato não dá a certeza da identidade genética, mas a presunção que retiramos do parto já não é uma “presunção irrefragável”¹³⁰ e os avanços tecnológicos permitem-nos, hoje em dia, ter certezas. E é para isso mesmo que a genética serve, “*su objeto predilecto de estudio e intervención será, sin embargo, el hombre. La nueva genética nos ayudará a conocernos mejor, revelándonos aspectos de la identidad de cada uno y de su ascendência.*”¹³¹. “Assim, a preferência pelo parto como critério jurídico só poderá basear-se no seu valor sócio-afectivo e em razões de ordem prática, como a simplicidade da identificação da mãe nos casos mais frequentes”, não acreditamos que em matérias como estas se deva optar por soluções mais simples. Concordamos, como já referimos atrás, ser este o método melhor para as soluções mais frequentes, se por essas estivermos a falar, das procriações naturais, sem intervenção.

¹²⁶ O Parecer n.º 63 do CNECV, explica, no mesmo sentido, que, a solução da lei, “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”.

¹²⁷ Cfr. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos Familiares (...)”, ob. cit., p. 358.

¹²⁸ “O parto além do valor social ou emocional que tem, constitui o fundamento de uma presunção de que a mulher que gerou também forneceu o óvulo.” Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (...)*, ob. cit., p. 74.

¹²⁹ No artigo 1796.º n.º 1 do CC.

¹³⁰ “Esta presunção só podia ser considerada uma presunção irrefragável, até agora.” e “o parto deixa de fornecer um critério biológico exclusivo (e, portanto, indiscutível) para a determinação da maternidade”. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (...)*, ob. cit., p. 74.

¹³¹ Cfr. HERRANZ, Gonzalo, “Genética Fundamental. Presente y Futuro” in *Genética e Pessoa Humana*, Centro de Estudos de Bio-Ética, 1991, p. 20.

Na maternidade de substituição, como também já dissemos, devemos recorrer a um conjunto de valores. Um deles será, certamente o afetivo, mas não o valor afetivo do parto, pois nem sempre esse traz qualquer valor. Será sim o valor afetivo do casal que tanto deseja e espera aquela criança.

CAPÍTULO 4 - LEGALIZAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

“Uma prática regulamentada poderia permitir rastreios sistemáticos de doenças genéticas e transmissíveis, a protecção jurídica e o apoio social e psicológico das “mães portadoras” (...) a diminuição dos riscos e dos custos na transmissão de informações no mercado.”¹³²

1. Constante Adiamento da Aprovação da Gestação de Substituição

“*Como siempre: lo urgente no deja tiempo para lo importante.*”¹³³. A Assembleia da República continua a adiar a decisão quanto aos projetos de lei, relativos à maternidade de substituição. PSD e PS têm projetos para ser aprovados desde 2012 (apesar do BE ter sido o primeiro a propor o fim da proibição da maternidade de substituição¹³⁴), ano, inclusive, em que o CNECV deu um parecer positivo quanto à maternidade de substituição, desde que fossem previstos alguns requisitos. Já muito foi discutido e estudado¹³⁵ e agora, apesar de ainda não ser perfeito, só precisava de ser aprovado, mas “o PSD entende que não é oportuno o Parlamento legislar agora sobre essa matéria”¹³⁶, como não era oportuno antes das férias, será talvez “numa próxima legislatura”¹³⁷. O primeiro adiamento foi em Maio de 2014, por

¹³² Cfr. ARAÚJO, Fernando, *A Procriação (...)*, ob. cit., pp. 42 e 43.

¹³³ Frase utilizada pela personagem Mafalda, numa das publicações do autor argentino Quino.

¹³⁴ Projeto que o CNECV optou por não comentar, quanto à maternidade de substituição, no Parecer n.º 44 de 2004, parecer este, que foi suscitado pela apresentação de dois projetos de lei, sendo um deles o do Bloco de Esquerda.

¹³⁵ Já em 1990, a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, constituída por ilustres Doutores, defendia a proibição da maternidade de substituição em Portugal, e não o fazia certamente sem estudos e discussão; e essa era uma “opção de fundo do Projecto [legislativo sobre PMA] (...) a de proibir em qualquer caso a chamada «maternidade de substituição», considerando nulo e de nenhum efeito o contrato pelo qual a mulher se obrigue a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto. Entendeu-se que a maternidade, como «estrutura primordial do parentesco», está acima das vontades individuais e não pode ser objecto de acordo ou negociação. O paralelo com a adopção também aqui é irrelevante. É certo que a mulher pode consentir na adopção do filho, nos termos e condições definidos pela lei, mas seria inadmissível uma renúncia prévia à maternidade, à margem de qualquer regulamentação legal.” Cfr. COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, “Relatório da «Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias» ” *in* Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos), Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, pp. 27 e 28.

¹³⁶ Declarações de Luís Montenegro, *in* “Barrigas de aluguer: Ao fim de dois anos de negociações, PSD diz ‘não’”, disponível em: <http://observador.pt/2015/01/15/barrigas-de-aluguer-ao-fim-de-dois-anos-de-negociacoes-psd-diz-nao/>. Página consultada a 15 de janeiro de 2015.

¹³⁷ *Idem*.

questões de desacordo em relação ao direito ao arrependimento.¹³⁸ Nenhum dos projetos apresentava qualquer regulação para os casos em que, ou os futuros pais, ou a gestante, se viessem a arrepender.¹³⁹

“Decerto que qualquer legislação deve ser precedida de amplo debate e esclarecimento da opinião pública, mas há um tempo para tudo e o debate não deve protelar indefinidamente a concretização de projectos legislativos que venham a ser apresentados.”¹⁴⁰ E é o que está a acontecer. Entendemos isto apenas como uma falta de coragem¹⁴¹, pois já está tudo preparado para a permissão da lei. Mesmo reforçando que há ajustes a fazer nos projetos de lei, acreditamos que esses poderiam ser feitos gradualmente, depois da sua aprovação. Se o problema é falta de estudos, que sejam feitos mais estudos, se o problema é da sociedade, que se informe a sociedade¹⁴², que se dê a opção de escolha. Se simplesmente não houver condições para se aprovar a lei, por ser um tema bastante delicado, não se deve adiar a decisão, mas sim rejeitar qualquer projeto que tenha a intenção de permitir a gestação de substituição. Para que, assim, os casais que estão a espera da alteração na lei, possam seguir com as suas vidas e procurar novos projetos ou soluções.¹⁴³ A Assembleia da República tem que tomar uma decisão e acabar, de vez, com este adiar de decisões, adiar de vidas de inúmeras famílias em Portugal.

¹³⁸ “Texto final sobre maternidade de substituição em vias de ser aprovado”, disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/texto-final-sobre-maternidade-de-substituicao-em-vias-de-ser-aprovado-1659451>. Página consultada a 20 de janeiro de 2015.

¹³⁹ Questão que vamos desenvolver *infra*. V. título 2, subtítulo 2.8.

¹⁴⁰ Cfr. COELHO, F. M. Pereira, “Procriação Assistida (...)”, ob. cit., p. 13.

¹⁴¹ Há receio de legislar certas questões, como também houve noutros países, “por um lado, não querem proibi-lo e arriscar com isso a ira daqueles para quem a reprodução assistida é a única via para a concepção. Mas, por outro, não querem também compactuar com os seus feitos mais extremos, uma vez que os seus críticos a acusam de ser: uma intrusão tecnológica no processo mais íntimo da natureza”. Cfr. SPAR, Debora L., *O Negócio (...)*, ob. cit., p. 51.

¹⁴² Isabel Santos disse, em declarações ao Observador, que lamenta que a discussão não tenha sido mais profunda na sociedade civil. In “Revolta no PSD sobre barrigas de aluguer”, disponível em: <http://observador.pt/2014/06/25/psd-em-desacordo-sobre-barrigas-de-aluguer/>. Página consultada a 19 de janeiro de 2015.

¹⁴³ “Interrogado sobre a situação das pessoas que esperam a aprovação desta lei, o líder parlamentar do PSD respondeu: «Acredito que há expectativas que podem sair defraudadas, mas isso acontece todos os dias no parlamento relativamente às posições dos partidos políticos. Muitas pessoas reveem-se nestas decisões e outras tantas terão as suas expectativas frustradas. É sério da minha parte ter a consciência de que esta decisão agradará a muita gente e não agradará também a algumas pessoas».”, in “PSD trava “barrigas de aluguer e volta a dar liberdade de voto na adoção por casais do mesmo sexo”, disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2015-01-15-PSD-trava-barrigas-de-aluguer-e-volta-a-dar-liberdade-de-voto-na-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo>. Página consultada a 16 de janeiro de 2015.

2. Termos da Lei

A gestação de substituição deve, sem dúvida, estar regulada na Lei da PMA¹⁴⁴, mas com um capítulo dedicado exclusivamente à sua regularização, não apenas um artigo, pois é uma técnica que, como as outras, que possibilita a um casal que não consegue procriar, ter um filho.

Antes de mais, vamos falar um pouco do artigo que regula a maternidade de substituição, o artigo 8.º da Lei da PMA. Para além de não concordarmos com a proibição consagrada no artigo, também consideramos a consequência do n.º 3 inadequada¹⁴⁵ e incompleta. Incompleta porque apenas faz referência a quem irá exercer o papel de mãe em relação à criança que vai nascer. E o pai? O mesmo legislador que protege a família tradicional com mãe, pai e filhos, esqueceu-se de estabelecer um pai para aquela criança.¹⁴⁶ Então, hoje em dia, em Portugal, em casos de maternidade de substituição (que existam e sejam descobertos), quem é o pai da criança?

Se a mãe for casada pode valer a presunção legal de que o marido é o pai.¹⁴⁷ Se o casal tratar a criança como filho, pode até nem ser a pior solução, pelo menos para a criança. Mas, se o marido da mãe não tem qualquer vontade de aceitar aquela criança como sendo sua filha, pode afastar a presunção de paternidade. Já o verdadeiro pai da criança pode, ou impugnar a paternidade¹⁴⁸, se esta estiver estabelecida a favor do marido da mãe, ou perfilhar o bebé¹⁴⁹, caso não tenha sido estabelecida qualquer filiação por parte de uma figura paterna. Nestas hipóteses a criança vai ter como pais, duas pessoas que nunca planejaram um projeto de vida em conjunto, nunca partilharam uma relação muito íntima; e agora vão ter que exercer em conjunto as responsabilidades parentais. Ao estabelecermos a paternidade desta forma,

¹⁴⁴ Apesar de, para alguns autores, a gestação de substituição não constituir uma verdadeira técnica de PMA. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 10. Mas, os meios das outras técnicas também aqui são necessários, e esta é sempre uma procriação assistida, medicamente, juridicamente e psicologicamente. E deverá estar regulada com as demais, pois é mais uma forma de procriar que não é natural.

¹⁴⁵ Como já referimos supra no capítulo 3, título 2.

¹⁴⁶ Crítica também enunciada por TIAGO DUARTE: “Outra crítica que se pode fazer face à solução encontrada pelo Governo nesta proposta é que, depois de estabelecer a quem é que deve ser atribuída a maternidade da criança nascida de um contrato de gestação nada diz sobre o modo de estabelecer a paternidade.” Cfr. Duarte, Tiago, *In vitro (...)*, ob. cit., p. 88.

¹⁴⁷ Presunção prevista no artigo 1796.º n.º 2 do CC.

¹⁴⁸ De acordo com o artigo 1841.º n.º 1 do CC.

¹⁴⁹ De acordo com o artigo 1847.º do CC.

estamos a “alterar, por via legal, os desígnios pessoais das pessoas em causa, criando vínculos jurídicos em vez de apenas reconhecer juridicidade a vínculos e vontades naturais”¹⁵⁰.

As consequências que a lei dá à prática da maternidade de substituição, formam famílias (se é que lhes podemos chamar famílias) completamente disfuncionais, desfeitas. Se a filiação for estabelecida entre a mãe gestacional e o pai biológico, dificilmente duas pessoas sem qualquer relação vão conseguir partilhar devidamente a educação de um filho. As coisas já se tornam complicadas quando a criança é educada pelos dois pais, ainda que estes não estejam juntos; e se, nas circunstâncias a que a lei obriga, ninguém quiser ficar com a criança? Vamos deixar mais uma criança, que podia ter um pai e uma mãe (mesmo não sendo mãe gestacional) a formar a sua família, ao abandono do instituto da adoção.

Este artigo não permite a maternidade de substituição, nem protege o interesse da criança; apenas protege os ideais morais de quem faz leis nesta sociedade.

2.1. Denominação Correta

Em primeiro lugar devemos ter em atenção o termo que utilizamos para designar esta técnica de PMA.¹⁵¹ Como já explicamos no primeiro capítulo, consideramos que o termo “maternidade de substituição” não é o mais adequado, pelas razões já enunciadas. Concordamos com o CNECV, quando diz que “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”¹⁵², sendo, assim, o termo mais correto e preciso¹⁵³.

2.2. Casos em que Deve Ser Admitida

Devemos ter em conta apenas as mulheres sem útero ou com malformações ou doenças que impeçam a gravidez, ou será que poderemos admitir esta possibilidade a todos, sem exceção, independentemente do seu motivo?

¹⁵⁰ Cfr. DUARTE, Tiago, *In Vitro (...)*, ob. cit., p. 89.

¹⁵¹ Como consta no Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), de 2012, sobre PMA e gestação de substituição, p.7, “a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética”.

¹⁵² Cfr. Parecer n.º 63 do CNECV, de 2012, p. 8.

¹⁵³ Já em 1992, GUILHERME DE OLIVEIRA falava em “contrato de gestação”. Cfr. *Mãe há só (...)*, ob. cit.

Um assunto tão delicado não pode ser regulado livremente, tem que ter características muito específicas. Só em casos excepcionais se deve poder recorrer a gestação de substituição, e sempre de forma subsidiária, como previsto, no artigo 4.º da Lei da PMA, para todas as técnicas permitidas de PMA. Deve, então, ficar regulado que, apenas em casos de total impossibilidade de recorrer a uma gestação de forma natural por um dos membros do casal, poderá ser admitida a gestação de substituição. No entanto, consideramos que esta impossibilidade deve sempre ser apurada pelo CNPMA, ou, como defende VERA LÚCIA RAPOSO na sua proposta de regulamentação, a admissibilidade de recurso a esta técnica deve sempre ser previamente aprovada pelo CNPMA.¹⁵⁴

2.3. Beneficiários

Porque é que, no subtítulo anterior, não falámos apenas de mulheres? Não são apenas elas que podem ser impossibilitadas de conseguir suportar uma gravidez? Não são apenas as infertilidades femininas que fazem com que um casal recorra à gestação por outrem? E se falamos apenas em mulheres, será que estão aí incluídas as mulheres dos casais homossexuais?

Os beneficiários das técnicas de PMA, como já aludimos atrás são, hoje em dia, apenas casais heterossexuais. Se nos bastássemos com a lógica, seria natural permitirmos o acesso a esta técnica apenas a casais heterossexuais. Assim, seguindo uma lógica *a minori ad maius*, e não sendo permitido a casais homossexuais recorrer às restantes técnicas de PMA, também não lhes seria permitido recorrer à gestação de substituição. Porém não consideramos, de todo, ser esta a solução correta. É, sem dúvida, a mais simples. Bastaria permitir a nova técnica apenas àqueles que já beneficiam das outras e o também delicado tema dos beneficiários não teria que ser discutido. Não que o mais simples seja, neste caso, o melhor, e, se estamos a modificar a lei, devemos analisar todas as suas questões (que inclui a dos beneficiários), especialmente quando se trata de um tema como este, que evolui, levanta questões e cria obstáculos, todos os dias.

¹⁵⁴ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 180.

Os beneficiários, a nosso ver, deveriam ser qualquer casal, homossexual ou heterossexual, ou pessoa solteira, quer seja uma mulher ou um homem¹⁵⁵, alterando todo o artigo 6.º da Lei da PMA, e esse devia, como já o faz, estipular quem pode ser beneficiário de todas as técnicas presentes na lei. Há, contudo, alguns ajustes a fazer.

2.3.1. Casais Homossexuais

Defendemos que um casal heterossexual, em que a mulher é incapaz de suportar uma gravidez, é em tudo igual a um casal homossexual, em que, entre duas mulheres, nenhuma tem capacidade de engravidar, ou, entre dois homens, nenhum nasceu, naturalmente, com tal capacidade. “Não existe nenhum estudo científico que demonstre que estas pessoas [os casais homossexuais] são inaptas para educar e amar uma criança, ou que essas crianças crescerão traumatizadas”¹⁵⁶. E não só. Por ser um casal perfeitamente capaz, também se poderia tornar numa situação de injustiça não permitir aos casais homossexuais o recurso à gestação de substituição. Passamos a explicar. Não usamos apenas como argumento a igualdade entre casais heterossexuais e homossexuais, mas mais, a igualdade entre casais homossexuais femininos e casais homossexuais masculinos. Vejamos. Um casal homossexual feminino, em que as mulheres, ou até apenas uma, consigam conceber um bebé, está em vantagem perante os casais masculinos, pois, mesmo que a Lei da PMA não permita ainda o recurso às suas técnicas, será sempre mais fácil para as mulheres contornar essa proibição. Foi o que Marta e

¹⁵⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO fala em “progenitor” quando se refere à composição da família, o autor não refere um casal, ou uma mulher ou um homem, refere-se indistintamente a “progenitor”. Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente Assistida”, in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 767.

¹⁵⁶ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 19. Este tema tem sido bastante debatido em relação a adoção, mas a problemática é em tudo igual quanto ao recurso às técnicas de PMA. “O processo legislativo da adoção, com todas as suas falhas e frustrações causadas, demonstrou à exaustão, mais uma vez, a certeza do consenso científico quanto às capacidades parentais de casais de pessoas do mesmo sexo: em todas as áreas a investigação é particularmente clara.” Cfr. ADVIRTA, Isabel Fiadeiro, “Porquê?” in Público, edição de 21 de janeiro de 2015, p. 46. Há vários anos que a capacidade parental dos homossexuais é estudada: “apesar de 40 anos de investigação psicológica terem evidenciado, sobretudo, semelhanças entre a homo e a heteroparentalidade e de este consenso transparecer nas tomadas de posição de organismos profissionais como a APA (Associação Americana de Psicologia) ou da própria Ordem dos Psicólogos Portugueses, constata-se que o preconceito relativamente à homoparentalidade subsiste.” Cfr. GATO, Jorge, “Como foi possível isto acontecer?” in Público, edição de 21 de janeiro de 2015, p. 46.

Cláudia¹⁵⁷ conseguiram fazer, duas vezes. Primeiro recorreram a Espanha, como muitas outras mulheres portuguesas que o fazem “para contornar a lei (...) Já [que] em Espanha, qualquer mulher maior de idade pode ter um filho por este meio”¹⁵⁸; da segunda vez, foi um pouco diferente, “optaram por uma «inseminação caseira» (...) recolheram quatro recipientes com esperma de quatro amigos, baralharam-nos e escolheram um, aleatoriamente”¹⁵⁹. Claro que, depois, existe um outro tipo de problemas. Aquelas crianças, legalmente, só têm um progenitor, só têm uma mãe, ainda que afetivamente tenham duas figuras parentais; o que vai fazer com que o Ministério Público averigue a paternidade daquela criança¹⁶⁰. Porque não permitir que no cartão do cidadão conste o nome das duas mães se, para aquelas crianças, é isso mesmo que elas são? Nem era necessário alterar a formatação das identificações pessoais, pois nelas só consta a “filiação”, não quem é o pai ou quem é a mãe; até porque hoje já quase não encontramos diferenças, ambos têm as mesmas responsabilidades e cuidam igualmente dos filhos, não interessa saber quem exerce a função de pai e quem exerce a função de mãe, interessa quem desempenha devidamente a função parental.¹⁶¹ Apesar das questões legais o projeto de vida amoroso, de família, está concluído. Já quando falamos de casais

¹⁵⁷ Caso enunciado em SANTOS, Sónia Morais e CARRILHO, André, “Lésbicas contornam a lei e inseminam-se em casa” *in* Diário de Notícias, 25 de junho de 2006, disponível em: http://www.dn.pt/Inicio/interior.aspx?content_id=642501&page=-1. Página consultada a 20 de janeiro de 2015.

¹⁵⁸ Cfr. JESUS, Patrícia, “Mais portuguesas solteiras vão a Espanha engravidar”, *in* Diário de Notícias, 1 de dezembro de 2009, disponível em: http://www.dn.pt/Inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1435306&page=-1. Página consultada a 20 de janeiro de 2015. A lei espanhola não impõe limites quanto ao estado civil ou orientação sexual: “Artículo 6.1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.”, da Ley 14/2006, de 27 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.”

¹⁵⁹ Cfr. SANTOS, Sónia Morais e CARRILHO, André, “Lésbicas (...)”.

Ainda sobre este assunto: “Qualquer mulher maior de 18 anos e em bom estado de saúde psicológico e físico pode recorrer à PMA, desde que refiram o seu consentimento expresso. A lei permite o acesso a qualquer mulher independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, desde 1988. Dinamarca, Holanda, Finlândia, Suécia, Rússia, Reino Unido e Irlanda são alguns dos países em que as técnicas de PMA estão acessíveis a qualquer mulher. Itália e Alemanha, por outro lado, têm legislação sobre este tema semelhante à portuguesa.”, “Legislação diferente na Europa”, *in* Diário de Notícias, 1 de dezembro de 2009, disponível em: http://www.dn.pt/Inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1435305. Página consultada a 20 de janeiro de 2015.

¹⁶⁰ Tal como dispõe o artigo 1864.º do CC – “Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai.”.

¹⁶¹ O interesse primordial é o bem-estar da criança, “esse interesse impõe-nos a criação de um ambiente saudável onde a criança possa nascer e crescer, seja ele formado por um pai, uma mãe, ambos, vários pais ou várias mães. A trindade da família tradicional - pai, mãe e filho - já demonstrou claramente nem sempre funcionar como esse ambiente são”. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos (...)”, *ob. cit.*, p. 121.

homossexuais masculinos não podemos falar de um tão simples contorno da lei, pois precisam sempre de uma mulher para poder ter um filho, já que, nem com toda a ajuda científica, o conseguiriam (pelo menos para já). Podem sempre contornar a lei da mesma forma que as mulheres o fazem, convencendo uma amiga ou familiar a engravidar, recorrendo a Espanha ou às “inseminações caseiras”, com esperma de um dos homens do casal, mas essa criança terá sempre no registo uma mãe, pois esta dificilmente conseguirá ser escondida. Será sempre um processo mais complicado e nem sempre possível.

2.3.2. Pessoas Singulares

Veremos agora quanto às pessoas singulares. “Nos ordenamentos jurídicos dos Estados laicos, que partilham o nosso contexto civilizacional e jurídico, já se consolidou o direito de as mulheres solteiras serem mães. (...) Ora, tratando-se de um homem, desenha-se aqui um tratamento discriminatório face às mulheres não casadas que desejam ser mães.”¹⁶²

Quanto às mulheres, já vimos, podem, se para isso tiverem condições, recorrer a uma clínica de reprodução assistida em Espanha¹⁶³ ou utilizar esperma de um amigo. Soluções que não são, em nada, ideais. Quanto aos homens estão igualmente limitados, como os casais masculinos. “O argumento mais comumente invocado para justificar o afastamento das pessoas singulares é a necessidade sentida pela criança de ter um pai e uma mãe.”¹⁶⁴ Poderíamos argumentar, como já o fizemos, que as famílias já não são simplesmente constituídas por pai, mãe e filho, no entanto, não podemos discordar que, as que são compostas por dois elementos paternais são efetivamente famílias mais ricas.

Tornando à questão da igualdade. A adoção em Portugal é permitida a quem tiver mais de 30 anos¹⁶⁵, quando não casados. Se se defende que a adoção é um instituto de proteção das

¹⁶² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 17.

¹⁶³ Que parece ser já uma larga tendência, entre todas as mulheres na Europa. “Para o médico [António Requena], a tendência justifica-se porque as mulheres têm uma «maior independência económica» e por existir «uma maior aceitação social dos distintos tipos de família». Já para Paulo Côrte-Real, casos como os de Angelina e de Cláudia resultam de uma lei discriminatória, que gera um tipo de «turismo civilizacional» - ao permitir que apenas as mulheres «tuteladas por homens» possam aceder à PMA, disse ao DN.” Cfr. JESUS, Patrícia, “Mais portuguesas (...)”, ob. cit.

¹⁶⁴ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Em nome do Pai (... Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) - Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006” *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 4, N.º 7, Coimbra Editora, 2007, p. 40.

¹⁶⁵ Artigo 1979.º n.º 2 do CC - “Pode ainda adoptar plenamente quem tiver mais de 30 anos (...)”.

crianças, ao admitirmos que pessoas solteiras recorreram ao mesmo não estamos a pôr o interesse da criança de lado para satisfazer o interesse de um futuro pai ou mãe, estamos sim, por outro lado, a reconhecer a capacidade daquelas pessoas para educar uma criança, mesmo sem ajuda de um companheiro. Se consideramos que uma só pessoa consegue amar e criar uma criança com a qual não tem qualquer ligação biológica, porque é que não permitimos que essa mesma pessoa possa recorrer à reprodução assistida para, com igual capacidade, poder criar um filho que é geneticamente seu? Vera Lúcia Raposo considera este argumento pouco valioso, pois temos que ver a adoção por pessoas singulares como um benefício para as crianças abandonadas, ainda que não seja a solução perfeita.¹⁶⁶ Concordamos com a autora, mas não deixamos de defender o recurso a técnicas de PMA por pessoas singulares, por uma questão de justiça e igualdade; se podem ter um filho através da adoção, também o devem poder através das técnicas que a medicina oferece, pois já vimos que estas duas vias não são alternativa uma da outra, são sim, duas maneiras diferentes de ter filhos, cada uma se adequará a uma ou outra pessoa. E ainda, “se estas novas formações familiares fossem tão aberrantes e perigosas seriam proibidas sem exceção alguma, nem mesmo no caso da adoção”¹⁶⁷.

“A infertilidade começou por ser aceite como um fado, uma decisão imutável da mãe-Natureza. (...) hoje parece antes uma simples contingência, perfeitamente sobrepujável, em virtude das vitórias obtidas pela ciência.”¹⁶⁸ Mas continua a ser um fado para aqueles que, com problemas de infertilidade, têm uma orientação sexual diferente; ou para aqueles que não os têm, mas que o seu modo de vida não se adequa com as exigências que a natureza faz para procriação.

2.4. Modalidades de Geração de Substituição

Consideramos que o grande fundamento para recorrer à geração de substituição é a vontade de ter um filho com ligação genética. Por isto defendemos que, apenas quem consiga produzir material biológico, possa recorrer a esta técnica de procriação.

¹⁶⁶ “Pois não há que confundir o apelo a uma solução (ainda que reconhecidamente menos boa) para um problema já existente, com a criação *ex novo* de um problema, só para lhe aplicar a solução que desejamos concretizar.” Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Em nome (...)”, ob. cit., p. 47.

¹⁶⁷ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Em nome (...)”, ob. cit., p. 47.

¹⁶⁸ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos (...)”, ob. cit., p. 112.

Mais, se for o pai a fornecer esperma, a gestante nunca deve contribuir com o material próprio.¹⁶⁹ Pensamos que assim não criará tantos laços com a criança que vai trazer na barriga, sendo mais fácil lidar com a separação.¹⁷⁰ Sendo também mais fácil para os futuros pais, pois assim, aquela mulher serviu “apenas” para guardar e alimentar o futuro filho, dentro do seu útero, durante o período da gestação; não lhes vai dar um filho seu, funciona um pouco como a imagem da cegonha.¹⁷¹ O material biológico materno desempenhará o mesmo papel que desempenha em qualquer técnica de PMA com doação de ovócitos¹⁷², criando assim menos problemas éticos e morais.

Defendemos ainda que deverá constar na lei que a gestante deverá já ter passado por uma gravidez para que, desta maneira, o seu consentimento seja verdadeiramente esclarecido, pois, apesar de cada gravidez ser diferente, já terá uma ideia daquilo com que poderá contar e da forma como reage às imprevisibilidades de uma gravidez.¹⁷³

2.5. Apoio Psicológico

Todo o processo de tentativa de ter um filho sem sucesso é doloroso. Anos e anos a tentar engravidar e não conseguir dão um sentimento de frustração e impotência difícil de explicar. Quando alguém recorre às técnicas oferecidas pela ciência já teve que esperar dois anos para comprovar a infertilidade¹⁷⁴ ou, no caso de impossibilidade incurável (como a falta de útero), esperou, pelo menos, o tempo necessário para uma preparação interior. Essa preparação devia ser apoiada psicologicamente pelos centros autorizados às práticas de PMA.

¹⁶⁹ Ainda que possamos cair no exagero de poder dizer “que mãe não há só uma, mas, em última análise, poderão existir cinco”. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos (...)”, ob. cit., p. 126.

¹⁷⁰ “Em face de algumas experiências não muito bem sucedidas, como aconteceu no caso Baby M, sustenta-se que para evitar o “risco do sentimento de maternidade”, importa promover a multiplicação da maternidade, evitando que a mesma mulher dê o ovócito e carregue o embrião durante 9 meses.” Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Outro útero (...)*, ob. cit., p. 1402.

¹⁷¹ Como VERA LÚCIA RAPOSO alude no título do seu artigo “Quando a cegonha chega por contrato”, ob. cit.

¹⁷² Já regulado na Lei da PMA, no seu artigo 10.º.

¹⁷³ SUSAN DOODS e KAREN JONES dizem não poder ser dado um consentimento livre e esclarecido, pela perda de controlo e surgimento de impulsos inesperados, que a gravidez provoca. Cfr. DOODS, S. e JONES, K., “Surrogacy and Autonomy”, *Bioethics*, 3 (1989), *apud* ARAÚJO, Fernando, *A Procriação (...)*, ob. cit., pp. 31 e 32.

¹⁷⁴ Definida pela Organização Mundial de Saúde como a “ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas”. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, “Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93), *in* Documentação, CNECV, Vol. I, 1991-1993, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf. Página consultada a 15 de janeiro de 2015.

A Lei da PMA prevê como dever dos beneficiários, no artigo 13.º n.º 2, a prestação de “todas as informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas com recurso a estas técnicas”, “a fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA”. O que entendemos da lei, é que a avaliação das informações fornecidas pelos beneficiários, apenas serve para estudos de sucesso ou insucesso. Não discordamos da importância de tais avaliações, no entanto consideramos serem também de grande valor avaliações prévias das capacidades dos beneficiários para enfrentar processos complicados como este. Pensamos que seria bastante útil um apoio psicológico contínuo dos beneficiários e, nos casos de gestação de substituição, também da gestante, por profissionais. Estes profissionais deveriam apoiar e verificar se quem pretende recorrer está realmente preparado. Preparado até para ter um filho, um filho pode ser, afinal, o desejo de só uma parte do casal, pode ser um desejo disfarçado, pode ser afinal um falso desejo, pois por vezes “o fruto proibido é o mais apetecido”.

Consideramos que o apoio deve estar previsto para todas as técnicas consagradas na Lei da PMA. Porém, para a gestação de substituição, parece ser mais relevante. O casal ultrapassará melhor o facto de o filho não resultar totalmente dos dois e a gestante estará mais segura e conhecedora das suas capacidades antes de começar a gravidez. Daqui resultarão, certamente, menos insucessos.

2.6. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

A lei obriga a que as informações fornecidas aos beneficiários para poderem dar um consentimento livre e esclarecido sejam aprovadas pelo CNPMA¹⁷⁵. Nada diz, no entanto, sobre uma possível aprovação do próprio consentimento. As competências do CNPMA estão previstas no artigo 30.º da Lei da PMA e, aí, parece estar previsto um controlo adequado à utilização das técnicas que são permitidas. No entanto, ao autorizar o recurso à gestação de substituição, é necessário existir um controlo maior sobre esta técnica. Deverá ser uma técnica previamente autorizada, em cada caso, pela CNPMA. Cada caso deverá ser analisado, e se for realmente a melhor solução o recurso à gestação de substituição, então o Conselho dará autorização.

¹⁷⁵ Artigo 14.º n.º 3 da Lei da PMA.

Consideramos ser esta uma importante função que deverá ser acrescentada ao leque de funções que o CNPMA já tem.

2.7. Estabelecimento da Filiação

A Lei da PMA teria ainda que regular o estabelecimento da filiação de uma criança nascida por gestação de substituição. A gestante teria o mesmo estatuto que qualquer outro dador, não tendo qualquer papel na determinação da filiação.

No caso de a criança ser fruto de um embrião que resultou da junção do material biológico do pai e da mãe, não haveria problema, a filiação seria estabelecida àqueles que são os pais biológicos. No caso de ter sido apenas a mãe a contribuir para a formação genética do filho, basta estabelecer a maternidade à mãe biológica¹⁷⁶ e o pai usufruirá da presunção de paternidade (já aludida) do marido da mãe. Nestes dois casos a filiação era determinada apenas de acordo com a dependência genética e não de acordo com as regras do CC.¹⁷⁷

Se por outro lado, tiver sido apenas o pai, então seria estabelecida a paternidade ao pai biológico e, para a mãe, criar-se-ia uma nova presunção de maternidade, em relação a mulher do pai. No caso de gestação de substituição, pensamos que faria todo o sentido criar uma presunção assim. Se utilizamos a presunção de paternidade por uma questão de facilidade, e porque presumimos realmente que o marido da mãe é o pai da criança, não vemos por que razão não fazer o mesmo ao contrário. Se apenas sabemos quem contribui com o material masculino, pois o material feminino foi fornecido por uma dadora – que não pode ser tida como mãe¹⁷⁸, não só por ser dadora, mas, principalmente, por não ser esse o espírito da gestação de substituição –devemos presumir que, tal como na inseminação artificial heteróloga, o marido da mãe que consentiu, “que vê o seu problema de fertilidade resolvido não tem a sua legitimidade paterna posta em causa”¹⁷⁹, também a mulher do pai é a mãe. Mais,

¹⁷⁶ Pois nestes casos, defende JORGE DUARTE PINHEIRO, “conjugam[-se] dois elementos fortes no domínio do estabelecimento da filiação: o elemento biológico e o elemento do consentimento, mais precisamente da vontade de assumir o projecto parental.”. Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação (...)”, ob. cit., p. 783.

¹⁷⁷ Também no Brasil, a maternidade pode não ser estabelecida por consequência da gestação ou do parto. Cfr. ABREU, Laura Dutra de, “A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – Principais aspectos nos direitos português e brasileiro”, in *Panorama do Direito no Terceiro Milénio – Livro em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 613.

¹⁷⁸ Como previsto no artigo 21.º da Lei da PMA, aplicado por remissão do artigo 27.º.

¹⁷⁹ Cfr. ARAÚJO, Fernando, *A Procriação (...)*, ob. cit., p. 34.

o artigo 1839.º n.º 3 do CC, prevê a inimpugnabilidade da paternidade pelo pai que consentiu na formação do seu filho com sémen de um dador, se aqui a paternidade pode ser estabelecida por uma “declaração de vontade”¹⁸⁰, porque não podemos fazer o mesmo com a mãe que consentiu na formação do seu filho com ovócitos de uma dadora e o útero de outra? Não vemos nenhuma razão, pois o estabelecimento da paternidade é em tudo igual ao estabelecimento da maternidade – ou, pelo menos, deveria ser – pois já não existe a ideia ultrapassada de que só a mãe é que cuida dos filhos e o pai vai trabalhar.¹⁸¹

2.8. Direito ao Arrependimento

Um dos resultados que mais se receia é a recusa de entrega do bebé, pela mulher portadora. O caso mais famoso de maternidade de substituição é o caso Baby M¹⁸², tornou-se famoso precisamente por a gestante não ter querido entregar a criança aos pais. Posto isto, ao regular a gestação de substituição, devemos garantir o direito de a gestante se arrepender e ficar com o bebé como se fosse seu?

Foi este o problema principal, para o adiar da aprovação dos projetos de lei que permitiam a maternidade de substituição.¹⁸³ Os projetos não previam as consequências de um possível arrependimento, tanto da gestante, como dos progenitores biológicos.

VERA LÚCIA RAPOSO fala numa “versão deturpada do exercício do direito de retenção”¹⁸⁴, como forma de regular a maternidade de substituição, admitindo-a, mas deixando para a gestante a decisão de entregar ou não a criança. Talvez a mulher que suporta a gravidez devesse, tal como no instituto da adoção¹⁸⁵, ter 6 semanas depois do parto para decidir se realmente entrega a criança ou não. A lei britânica que regula a maternidade de substituição estabelece exatamente essa obrigação. A gestante tem que esperar seis semanas para dar o seu

¹⁸⁰ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação (...)”, ob. cit., p. 768.

¹⁸¹ A Jurisprudência Italiana expõe a maternidade de substituição de uma maneira interessante, mencionando que a podemos ver como uma “paternidade feminina” (*paternità femminile*). Cfr. “Trib. Roma, ord. 17.2.2000” in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Anno XVI, N.º 3, 2000, p. 312.

¹⁸² Um casal dos Estados Unidos contratou uma mulher para engravidar com sémen do marido do casal. Após o parto a gestante recusou-se a entregar a criança.

¹⁸³ Cfr. “Deputados querem que lei sobre «barrigas de aluguer» inclua situações de «arrependimento»”, disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/votacao-do-projecto-sobre-barrigas-de-aluguer-adiado-1634097>. Página consultada a 20 de janeiro de 2015.

¹⁸⁴ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe (...)*, ob. cit., p. 127.

¹⁸⁵ Artigo 1982.º n.º 3 do CC – “A mãe não pode dar o seu consentimento [à adoção] antes de decorridas seis semanas após o parto.”

consentimento quanto à entrega da criança.¹⁸⁶ Qualquer um destes direitos pressupõe que a gestante de substituição é, na realidade, mãe da criança, ou seja, o contrário do que temos vindo a defender.

Aquilo que já estabelecemos para os termos da lei¹⁸⁷ foi para impedir que este resultado negativo ocorresse. Contudo aceitamos a condição de um direito ao arrependimento por parte da gestante, dentro dos limites do direito ao aborto¹⁸⁸. Haveria direito ao arrependimento dentro do período legal em que é permitido abortar.¹⁸⁹ Assim permitíamos o arrependimento para a mulher abortar, não para ficar com a criança, pois, como já referimos inúmeras vezes, ela não é mãe.

Existe, no entanto, uma questão complicada quanto a este limitado direito ao arrependimento. Imaginemos que o embrião foi formado pelos últimos espermatozoides e os últimos ovócitos dos pais ou o caso de ambos, ou mesmo apenas um, sofrerem uma doença, ou naturalmente, não conseguem produzir mais. Pensamos que aí, talvez pudesse existir uma espécie de mediação.¹⁹⁰ Os pais e a gestante reunir-se-iam juntamente com o CNPMA e tentariam chegar a um acordo que conseguisse ir de encontro aos interesses das duas partes.

Outra questão delicada, poderá existir no caso de o embrião ter alguma mal formação e não existir acordo entre os pais e a gestante. Pensámos que também aí se poderá recorrer, à referida mediação.

Não alterando os termos em que consideramos ser pertinente o direito ao arrependimento e sem querer dizer que esta é uma questão de menor importância consideramos, no entanto, que este não deve ser um ponto que deva atrasar a permissão da gestação de substituição, quaisquer que sejam os seus termos (mais ou menos exigentes). Isto porque consideramos que, para os futuros pais, o risco que correriam seria, certamente, pequeno, quando comparado com a possibilidade que ganhariam.

¹⁸⁶ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (...)*, ob. cit., p. 69.

¹⁸⁷ Como, por exemplo, a gestante não poder contribuir com os seus ovócitos ou ser sempre acompanhada psicologicamente, previamente e durante a gravidez.

¹⁸⁸ Artigo 142.º do Código Penal.

¹⁸⁹ O Parecer N.º 63 do CNECV defende que a gestante pode revogar o seu consentimento até ao parto.

¹⁹⁰ Pensamos que o nosso pensamento vai de encontro com o que também já se defendeu para a Áustria: “Therefore, we believe our legislature should not generally ban surrogacy but rather attempt to settle the legal relationships between the genetic parents, the surrogate mother, the child and the physician.” Cfr. BERNAT, Erwin e STRAKA, Ulrike, “Austria: A Legal Ban on Surrogate Mothers and Fathers?”, *Journal of Family Law*, Vol. 3, 1992-1993, pp. 270 e 271.

Pode ainda surgir outro tipo de direito ao arrependimento, aquele que diz respeito aos pais que vão receber a criança. Deverá quem tanto lutou e esperou, quem recorreu a uma técnica de última instância e fez tudo para ter um filho, ter o direito a arrepender-se? Também aqui impomos o mesmo limite, o do período de permissão de abortar. Os pais só devem poder voltar atrás enquanto puderem abortar, exatamente da mesma forma que o poderiam fazer se fosse a mãe a estar grávida. Quando um casal tem um filho de forma natural pode abortar dentro das primeiras 10 semanas de gestação ou, em alternativa, dar para a adoção depois do parto e são estas, exatamente, as mesmas possibilidades que os pais que recorrem à gestação de substituição devem ter. Entendemos que o direito ao arrependimento dos futuros pais é uma questão mais simples, pois, cremos que, do já pequeno número de pessoas que precisarão de recorrer à gestação de substituição será quase inexistente, senão mesmo, arriscamo-nos a dizer, completamente inexistente, o número de pessoas que mudam de ideias e deixam de querer ter um filho. Reforçamos que todo o processo deve ser precedido de acompanhamento psicológico que serve, exatamente, para evitar estas situações.

CONCLUSÃO

Acabamos este estudo ainda mais certo do que quando começámos de que a gestação de substituição deve ser possível para aqueles que não têm qualquer outra alternativa – verdadeira alternativa – para ter filhos com a sua dependência genética.

Consideramos que não existe uma outra alternativa para mães que não tem capacidade para passar por nove meses de gestação, quer estas sejam casadas com homens, casadas com outras mulheres, quer vivam sozinhas, quer vivam em união de facto com homens ou mulheres; nem tão pouco existe qualquer alternativa para os homens que partilham a sua vida com outros homens ou homens que vivam sozinhos. A gestação de substituição é a alternativa.

Por uma questão de justiça e por uma questão de segurança, esta técnica de procriação deve ser devidamente regulamentada em Portugal. Justiça porque, vimos, por mais difícil que seja, quem quer um filho “move mundos e fundos” para o conseguir, acabando com todas as poupanças que possa ter e correndo todos os riscos que possam existir; mas quem não tem essas possibilidades, tanto financeiras como psicológicas? Pese também o facto de a possibilidade de contornar a lei desta maneira fazer com que se esqueçam muitas outras coisas importantes. A dignidade das pessoas será ultrapassada, as melhores condições de vida vão ser esquecidas, todas as regras da sociedade que condicionem o “nascimento” de um filho vão ser desprezadas. É necessário permitir a gestação de substituição para que não se recorra à mesma sem qualquer segurança para todas as partes que nela participam. “Pois a verdade é que o negócio de bebés, contrariamente, por exemplo, à corrida ao armamento ou ao tráfico de heroína, produz um bem que é intrinsecamente bom. Produz crianças para pessoas que desejam tê-las.”¹⁹¹

Vimos ainda que a gestação de substituição está enquadrada na bioética, não indo contra nenhum dos seus princípios, bem como não contraria o princípio basilar de toda a nossa sociedade, de todo o Estado Português, o princípio da dignidade humana. O recurso à gestação de substituição não viola a dignidade de ninguém. Não viola a da gestante, que aceitou dar um filho a outrem, decidiu fazer um ato de amor, completamente livre e esclarecido. Não viola, de todo, a dignidade dos pais (se bem que muito poucos, ou quase nenhuns, pensem na violação

¹⁹¹ Cfr. SPAR, Debora L., *O Negócio (...)*, ob. cit., p. 250.

do princípio desta forma). Esta pode, pelo contrário, ser ferida se o recurso à gestação de substituição não for permitido. Não viola, por fim, a dignidade da criança que vai nascer, pois, não é por nascer de uma técnica não natural que não se tornará numa pessoa normal e saudável. Esta vai ser uma criança cheia de amor, que foi muito desejada (ao contrário de tantas outras que nascem de “erros”) e que vai, certamente, ser criada da melhor maneira que os pais souberem.

Sabemos que é um meio visto, por muitos, como antinatural e anti-humano, que pode criar alguns problemas éticos, mas é precisamente por isso que é necessário que seja regulado devidamente. Não é com a proibição que acabamos com os problemas. Pelo contrário, como já podemos ver.

Expusemos os termos principais que pensamos que a lei deve regular. Deve ser uma técnica bastante acompanhada por profissionais da medicina e da justiça, com as melhores competências. “(...)A solução não reside na sua proibição, mas na criação de um regime jurídico que garanta acompanhamento jurídico (e até psicológico) a ambas as partes(...)”¹⁹²

A gestação de substituição é, sem dúvida, uma técnica usada para satisfazer os interesses dos futuros pais. Mas não são simples interesses fúteis, são desejos muito fortes, um plano de vida, um interesse mais que justificado. São estas pessoas que constituem a sociedade de hoje e devemos fazer com que elas consigam seguir os seus sonhos, principalmente um sonho tão natural como ter um filho, uma criança que lhes vai suceder no seu papel social. Não nos devemos preocupar só com as crianças que vão ser o futuro, mas sim com os homens e as mulheres que são a sociedade de hoje, os homens e as mulheres que vão criar e educar a sociedade do futuro. Se existe uma forma de conseguir dar um filho àqueles que não os conseguem ter sozinhos, porquê deixar de o fazer?

Defendemos a gestação de substituição como um recurso válido para as pessoas que querem ter filhos biológicos e de outra maneira não o conseguem. Não acreditamos que esse recurso vá ser em grande número, pois, apesar de a percentagem de infertilidade ser cada vez maior, há outros meios que se adequam a algumas pessoas e, nalguns casos, até mesmo a adoção é solução. Mas nem todos somos iguais nem temos a mesma capacidade, por isso, aquele pequeno número de casos que precisa de recorrer à gestação de substituição deve poder

¹⁹² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Quando a cegonha (...)”, ob. cit., p. 26.

fazê-lo. Não acreditamos que esses pais, essas gestantes, e essas (futuras) crianças, vão mudar a sociedade, vão apenas completá-la, continuá-la, desafiá-la.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Laura Dutra de, “A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – Principais aspectos nos direitos português e brasileiro”, *in* Panorama do Direito no Terceiro Milénio – Livro em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, Almedina, Coimbra, 2013

ALCANTARA, Marcelo de, “Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras?”, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 8, n.º 16, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, 1999

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, *in* Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Procriação Assistida e Direito”, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000

BARROS, Alberto, “Barrigas de Aluguer”, *in* Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 88, Março 2012

BELO, Fernando “Casamento e filhos” *in* Público, edição de 7 de setembro de 2013, disponível em: <http://www.publico.pt/opiniao/jornal/casamento-e-filhos-27044708>. Página consultada a 7 de janeiro de 2015.

BERNAT, Erwin e **STRAKA**, Ulrike, “Austria: A Legal Ban on Surrogate Mothers and Fathers?”, *Journal of Family Law*, Vol. 3, 1992-1993

BISCAIA, Jorge, **SANTOS**, Maria Lurdes de Carvalho, **OSÓRIO**, Maria Eduarda, **AVELINO**, Manuel, **CRUZ**, Ema, “Alguns aspectos da relação mãe-filho no período neonatal precoce” *in* Saúde Infantil, Vol. 3, N.º 2, Set. 1981

BISCAIA, Jorge e **SÁ**, Eduardo, “Dinâmica Emocional na Gravidez – Contributo para uma estratégia de avaliação da personalidade através do desenho”, *in* Coimbra Médica, Vol. 15, N.º 4, 1994

BISCAIA, Jorge, “Novas Paternidades”, *in* Acção Médica, Vol. 65, N.º 2, 2001

BISCAIA, Jorge, “O embrião como filho” *in* Bróteria, Cristianismo e Cultura, Vol. 159, N.º 1, Julho 2004

CAMPOS, Diogo Leite de, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes e **MOREIRA**, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

CARS, Guy Des, *A mãe de aluguer*, Círculo de Leitores, 1986

CHILDRESS, James F. e **BEAUCHAMP**, Tom L., *Principles of Biomedical Ethics*, 4ª edição, Oxford University Press, 1994

COELHO, F. M. Pereira, “Procriação Assistida com gâmetas do casal”, *in* Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar, 12-13 Dezembro 1991, Centro de Direito Biomédico FDUC, Coimbra, 1993

COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, “Relatório da «Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias»” *in* Utilização de

Técnicas de Procriação Assistida (Projectos), Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, “Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93), *in* Documentação, CNECV, Vol. I, 1991-1993, disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf.
Página consultada a 15 de janeiro de 2015

CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, Vol. I, 4.^a reimpressão da edição de Outubro de 2000, Almedina, Coimbra, 2007

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)” *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002

CORTÊS, António, “O Princípio da Dignidade Humana em Kant”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005

CUNHA, J. M. Damião da, “Falsificação de estado civil”, *in* Dias, Jorge de Figueiredo (org.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2012

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Coimbra, 2003

ESER, Albin, “Genética Humana – Aspectos Jurídicos e Sócio-Políticos” *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fasc.1, Coimbra Editora, Coimbra, Jan.-Mar. 1992

FILHO, Renato Soares de Melo e, **PORTO**, Uelton Carlos, “Reprodução Artificial e Dignidade da Pessoa Humana”, *in* Temas Fundamentais de Direito e Bioética, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2012

- GATO**, Jorge, “Como foi possível isto acontecer?” *in* Público, edição de 21 de janeiro de 2015
- GOMES**, Carla Amado, “Filiação, Adopção e Protecção de Menores – Quadro Constitucional e Notas de Jurisprudência”, *in* Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4, N.º 8, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- HERRANZ**, Gonzalo, “Genética Fundamental. Presente y Futuro” *in* Genética e Pessoa Humana, Centro de Estudos de Bio-Ética, 1991
- HODDER**, Harbour Fraser, “The New Fertility – The Promise – and perils – of human reproductive technologies” *in* Harvard Magazine, disponível em: <http://harvardmagazine.com/1997/11/fertility.html>. Página consultada a 19 de novembro de 2014.
- JESUS**, Patrícia, “Mais portuguesas solteiras vão a Espanha engravidar”, *in* Diário de Notícias, 1 de dezembro de 2009, http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1435306&page=-1, página consultada a 20 de janeiro de 2015
- LEITE**, Taylisi de Souza Corrêa, “Bioética crítica e direitos humanos”, *in* Temas Fundamentais de Direito e Bioética, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2012
- LOUREIRO**, João Carlos, “Outro Útero é Possível: Civilização (da técnica), Corpo e Procriação – Tópicos de um Roteiro em torno da Maternidade de Substituição”, *in* Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- MALTA**, João Paulo, “Procriação Medicamente Assistida Heteróloga” *in* Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009

MIRANDA, Jorge e **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

NEIRINCK, Claire, *Le Droit de L'enfance – Après la Convention des Nations Unies*, Delmas, Paris, 1993

NEVES, Maria do Céu Patrão, “Mudam-se os tempos, Manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho” *in* Estudos de Direito da Bioética, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009

NUNES, Rui, “Concorda com a maternidade de substituição?”, *in* Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 115, Junho 2014

OLIVEIRA, Guilherme, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida” *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 49, 1989

OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só (uma) duas! – O contrato de gestação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992

PEREIRA, André Dias e **RAPOSO**, Vera Lúcia, “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 3, N.º 6, Coimbra Editora, 2006

PEREIRA, André Dias, “A Capacidade Para Consentir: Um Novo Ramo da Capacidade Jurídica”, *in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente Assistida”, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Critério Biológico e Critério Social ou Afectivo na Determinação da Filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores”, *in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, N.º 9, 2008

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição”, *in Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008

PORTO, Margarida “O Direito a uma Família Real – O relevo do consentimento dos pais biológicos na constituição da relação de adopção”, *in Boletim da Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 80, 2004

RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos Reprodutivos” *in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC*, Ano 2, N.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia, “Em nome do Pai (... Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) - Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006” *in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC*, Ano 4, N.º 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade – O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Vol. II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012

RAPOSO, Vera Lúcia, “Quando a cegonha chega por contrato”, *in Boletim da Ordem dos Advogados*, N.º 88, Março 2012

REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006

REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas” *in* *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Ano 7, N.º 13, 2010

SÁ, Eduardo, “Problemas Psicológicos da Fecundação com Esperma do Dador”, *in* *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar*, 12-13 Dezembro 1991, Centro de Direito Biomédico FDUC, Coimbra, 1993

SANCHES, Andreia “Um só diploma vai regular tudo o que tem que ver com adoção de crianças”, *in* *Público*, edição de 27 de Outubro de 2014

SANTOS, Agostinho Almeida, “Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores” *in* *Genética e Pessoa Humana*, Centro de Estudos de Bio-Ética, Coimbra, 1991

SANTOS, Sónia Morais e **CARRILHO**, André, “Lésbicas contornam a lei e inseminam-se em casa” *in* *Diário de Notícias*, 25 de junho de 2006, disponível em: http://www.dn.pt/Inicio/interior.aspx?content_id=642501&page=-1. Página consultada a 20 de janeiro de 2015

SILVA, Paula Martinho da e **COSTA**, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

SILVA, Lillian Ponchio e **PENNA**, João Bosco, “Bioética crítica: conceitos e desafios”, *in* *Temas Fundamentais de Direito e Bioética*, Cultura Acadêmica Editora, São Paulo 2012

SILVA, Nuno Ascensão e **RIBEIRO**, Geraldo Rocha, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, artigo inédito cedido pelos autores

SPAR, Debora L., *O Negócio de Bebés – Como o dinheiro, a ciência e a política comandam o comércio da concepção*, Almedina, Coimbra, 2007

VARELA, Antunes, “A Inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, N.º 3852, 1995

VICENTE, Dário Moura, “Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

Notícias sem indicação de autor:

“Barrigas de aluguer: Ao fim de dois anos de negociações, PSD diz ‘não’”, disponível em: <http://observador.pt/2015/01/15/barrigas-de-aluguer-ao-fim-de-dois-anos-de-negociacoes-psd-diz-nao/>. Página consultada a 15 de janeiro de 2015

“Deputados querem que lei sobre «barrigas de aluguer» inclua situações de «arrependimento»”, disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/votacao-do-projecto-sobre-barrigas-de-aluguer-adiado-1634097>. Página consultada a 20 de janeiro de 2015

Diário de Notícias, edição de 12 de setembro de 2010, disponível em: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660540. Página consultada a 19 de novembro de 2014

Expresso, edição de 24 de janeiro de 2015, pp. 20 e 21

“Legislação diferente na Europa”, *in* Diário de Notícias, 1 de dezembro de 2009, disponível em:

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1435305. Página consultada a 20 de janeiro de 2015

“Lei nacional não permite mas bebés acabam registados”, *in* Diário de Notícias, edição de 12 de setembro de 2010, disponível em:

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1660540. Página consultada a 19 de novembro de 2014

“Médicos confirmam primeiro nascimento de um bebé a partir de um útero transplantado”, *in* Público, edição de 4 de outubro de 2014, disponível em:

<http://www.publico.pt/ciencia/noticia/medicos-confirmam-primeiro-nascimento-de-um-bebe-a-partir-de-um-utero-transplantado-1671842>. Página consultada a 4 de outubro de 2014

“Porquê?” *in* Público, edição de 21 de janeiro de 2015

“Portugal teve a taxa de natalidade mais baixa da UE em 2013”, disponível em:

<http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2014-07-10-portugal-teve-a-taxa-de-natalidade-mais-baixa-da-ue-em-2013>. Página consultada a 15 de janeiro de 2015

“Revolta no PSD sobre barrigas de aluguer”, disponível em:

<http://observador.pt/2014/06/25/psd-em-desacordo-sobre-barrigas-de-aluguer/>. Página consultada a 19 de janeiro de 2015

“Texto final sobre maternidade de substituição em vias de ser aprovado”, disponível em:

<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/texto-final-sobre-maternidade-de-substituicao-em-vias-de-ser-aprovado-1659451>. Página consultada a 20 de janeiro de 2015

Outras Fontes:

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO, disponível em:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Página consultada a 5 de janeiro de 2015.

Declaração do CNPMA de 18 de junho de 2010, disponível em:

http://www.cnpma.org.pt/Docs/Declaracao_AcessoPMA.pdf. Página consultada a 7 de janeiro de 2015

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em:

<http://www.priberam.pt/dlpo/maternidade> Página consultada a 19 de novembro de 2014.

http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/nascer-cidadao/.

Página consultada a 3 de dezembro de 2014.

Parecer n.º 63 do CNECV, disponível em:

<http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>.

Página consultada a 10 de novembro de 2014

“Trib. Roma, ord. 17.2.2000” *in* La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Anno XVI, N.º 3, 2000