



Sílvia Leonor Ferreira Gante

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

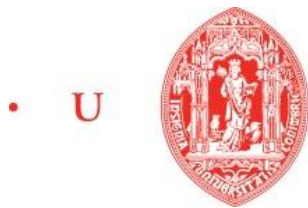
Problema ou Solução?

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito,
orientada pelo Professor Doutor André Gonçalves Dias Pereira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Sílvia Leonor Ferreira Gante

A Maternidade de Substituição Problema ou Solução?

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Prof. Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2018

Agradecimentos

À minha filha, luz que ilumina os meus dias, amor da minha vida, amor maior.

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicional.

À minha avó, pelo amor e contributo essencial na formação da minha personalidade.

À minha família.

Ao meu orientador.

Resumo

A maternidade de substituição é hoje um método de procriação medicamente assistida e possibilita a pessoas que não podem levar uma gravidez avante que tenham o tão desejado filho. No entanto, a sua legalização implica a difícil compatibilização dos interesses dos envolvidos.

Observando a génese histórica e a atualidade, deparamo-nos com a exploração de mulheres e tráfico de crianças.

A tentativa de legalização da maternidade de substituição pelo legislador português abriu o caminho para que se torne lícita em Portugal.

Palavras-chave - maternidade de substituição, direito ao conhecimento das origens, direitos dos envolvidos, lei 25/2016, de 22 de agosto

Abstract

Nowadays, surrogate motherhood is a medically assisted procreation method which allows people who are unable to carry a pregnancy to have their own children. It's difficult to reconcile the rights of the ones involved, however.

Looking at the historical genesis and the current situation, we came across the exploitation of women and the traffic of children.

The attempt of legalization of surrogate motherhood by the Portuguese legislator opened up the way to it becoming legal in Portugal.

Key words - surrogate motherhood, the right to know one's own origins, the rights of the people involved, law 25/2016 of August 22nd

Siglas e abreviaturas

Ac.- Acórdão

Art.- Artigo

AR – Assembleia da República

BE – Bloco de Esquerda

CC – Código civil

CDAW- Convention on the elimination of all forms of discrimination against women

CDC – Convenção dos Direitos da Criança

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CNU – Carta das Nações Unidas

CP – Código Penal

CSM – Conselho Superior da Magistratura

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos de Homem

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FDUP – Faculdade de Direito da Universidade do Porto

FIV – Fertilização in vitro

IVG – Interrupção voluntária da gravidez

LPMA – Lei da procriação medicamente assistida

MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCPol – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PMA – Procriação medicamente assistida

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

RJPA – Regime Jurídico do Processo da Adoção

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract	4
Siglas e abreviaturas.....	5
Introdução.....	9
Capítulo I - A contratualização da maternidade	11
1. Enquadramento Histórico.....	11
2. Tipologia	12
3. O Princípio da dignidade humana e a divergência de posições	13
3.1. Argumentos contra a maternidade de substituição	15
3.1.1. Instrumentalização da mulher gestante e da criança	15
3.1.2. Princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação	16
3.1.3. Exploração da pobreza e comercialização da vida humana	16
3.2. Argumentos a favor da maternidade de substituição	17
3.2.1. Princípio da autonomia privada e liberdade sobre o próprio corpo	17
3.2.2. Princípio da igualdade (art.13º CRP)	18
3.2.3. Direito a constituir família (art.36, nº1 CRP).....	18
3.2.4. O dom da vida	18
4. O contrato oneroso	19
Capítulo II - Os direitos dos intervenientes.....	23
1. A gestante.....	24
1.1. Direito à integridade pessoal (art.25 CRP) e direito a dispor do próprio corpo. .	24
1.2. Direito ao arrependimento	25
1.2.1. Interrupção voluntária da gravidez.....	25
1.2.2. Recusa de entregar a criança	26
1.3. O direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26 CRP).....	28
2. O/A(s) beneficiário/a(s).....	29
2.1. Direito a constituir família (art.36, nº1 CRP)	30
2.2. Direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26, nº1 CRP)	31
2.3. Princípio da autonomia privada e o direito ao arrependimento	32

3. O superior interesse da criança.....	33
3.1. Direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26, nº1 CRP)	35
3.2. O direito à identidade pessoal (art.26, nº1 CRP)	35
3.3. Direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (art.69 CRP).....	40
Capítulo III - A maternidade de substituição no ordenamento jurídico português.....	41
1. O estabelecimento da filiação.....	41
1.1. O estabelecimento da maternidade	41
1.2. O estabelecimento da paternidade	43
1.3. Breve abordagem ao instituto da adoção	45
2. O nascimento de um contrato - A lei 25/2016, de 22 de agosto	46
2.1. Iniciativas legislativas.....	46
2.2. Análise do regime jurídico da gestação de substituição constante da Lei 32/2006 de 26 de julho, com redação dada pela Lei 26/2016 de 22 de agosto,antes da declaração de inconstitucionalidade de algumas das suas normas.	49
2.2.1. Âmbito subjetivo de aplicação	51
2.2.2. Natureza gratuita	52
2.2.3. O consentimento dos intervenientes.....	53
2.2.4. Cláusulas de estilo de vida	54
2.2.5. A nulidade contratual	54
2.2.6. Âmbito espacial da lei	55
3. Tribunal Constitucional trava a lei da gestação de substituição - Acórdão 225/2018, de 7 de maio	56
Conclusão	59
Bibliografia.....	62
Jurisprudência	66

Introdução

“Ninguém existe só para si, como tão pouco por si só, cada um existe por e para os outros, seja intencionalmente ou não” – Rudolf V. Ihering¹

O Homem é um ser social². O facto de estar com os da sua espécie torna-o uma pessoa realizada e mais perto da tão desejada felicidade. Aqui radica a vontade de constituir família.

A família, célula base e fundamental da sociedade, viu o seu conceito mudar ao longo das últimas décadas. Da família tradicional, constituída por pai, mãe e filhos, passamos a ter famílias com dois pais, duas mães; famílias com casais antes divorciados, com filhos, enteados e famílias monoparentais. Ter filhos era, porém, um sonho impossível para muitas pessoas devido ao drama da infertilidade e outras patologias graves que impossibilitam ou desaconselham uma gravidez, mas com o ritmo alucinante do progresso científico e tecnológico dos nossos tempos, o que ontem era impensável, hoje é uma realidade.

A recente alteração legislativa operada na lei da procriação medicamente assistida³ tentou legalizar o acesso à maternidade de substituição ou, talvez porque o termo maternidade seja demasiado amplo, o legislador preferiu o termo gestação de substituição⁴. Na definição da lei, gestação de substituição é: “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

Tema atual, polémico e de enorme complexidade ética, moral, social e jurídica que fratura a sociedade e agita a opinião pública. Está diretamente relacionado com o início da vida humana e a sua dignidade e, por isso, merece toda a nossa atenção. Estamos perante a decisão de fazer nascer um novo ser humano no útero de uma mulher que não irá assumir o estatuto de mãe.

¹ Ihering, apud Mário Reis Marques, Introdução ao direito, vol. I.

² Mário Reis Marques, Introdução ao direito, vol. I.

³ Lei 32/2006, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis

⁴ Utilizarei o termo maternidade de substituição durante o trabalho e referir-me-ei à gestação de substituição na análise à lei portuguesa.

Durante a investigação deste tema, procurarei dar resposta a algumas questões, tais como saber se os direitos dos intervenientes podem de alguma forma estar assegurados, qual o objeto do contrato, o que acontece se a gestante se arrepender e se o superior interesse da criança é respeitado.

Será aceitável estabelecer a maternidade por contrato, chocando desta forma com o regime imperativo dos modos de estabelecimento da filiação plasmado no código civil, abalando os seus princípios de ordem pública, com sejam, o princípio biológico e o princípio da taxatividade dos meios de estabelecimento da filiação? Até onde pode ir o legislador na intromissão da vida privada?

Será feita também uma breve análise crítica à lei 25/2016 de 22 de agosto, e a identificação de alguns problemas.

Fez bem o legislador ao tentar acolher este instituto no ordenamento jurídico Português, atendendo ao desejo de muitos de constituir família e, mais precisamente, ao direito de procriar ou terá sido uma ousadia ou precipitação legislativa?

Capítulo I - A contratualização da maternidade

1. Enquadramento Histórico

A maternidade de substituição, também conhecida como gestação de substituição, gestação para outrem, barriga de aluguer, e no direito anglo-saxónico surrogate motherhood, não é um fenómeno novo. É comum a citação dos antigos relatos bíblicos registados no Antigo Testamento, mencionando as histórias de Abraão e Sarai e de Jacó e Raquel⁵. Em comum tinham o facto de estas mulheres não conseguirem ter filhos, pelo que entregaram as suas servas, respectivamente Hagar e Bila, aos seus maridos, para que deles engravidassem e dessem à luz filhos que entregaram às primeiras, renunciando ao seu estatuto de mães⁶. Durante muito tempo, a mãe gestante tinha necessariamente que coincidir com a mãe genética, mas os avanços científicos permitiram que se cindissem estas duas realidades e, nas palavras de João Carlos Loureiro, “Abraão já não necessita de dormir com Hagar⁷”. A maternidade de substituição não é necessariamente uma técnica de procriação medicamente assistida (PMA), mas atualmente é desta forma que é praticada, não sendo necessário o encontro sexual entre homem e mulher, podendo até dispensar-se o uso do material genético da gestante e, em caso de impossibilidade, até de quem tem o projeto parental, seja um casal ou uma pessoa individual, homem ou mulher, recorrendo-se assim a dadores de gâmetas.

Nos anos 80, surgiram alguns casos na comunicação social que tornaram esta situação, ainda pouco falada, conhecida. Foi o caso tantas vezes citado do Baby M⁸, cuja mãe gestante e genética se recusou a entregar o bebé após o parto aos pais legais, sendo o pai legal também pai genético da criança, e do Baby Cotton⁹, cuja mãe gestante e genética foi uma mulher britânica, pioneira a assinar um contrato de maternidade de

⁵ Dário Moura Vicente, Maternidade de substituição e reconhecimento internacional, in estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra 2012, nota 6.

⁶ Génesis 16 e 30,4.

⁷ João Carlos Loureiro, Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação- tópicos para um roteiro em torno da maternidade de substituição, in direito penal: fundamentos dogmáticos e político criminais - Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hunerfeld.

⁸ Vera Lúcia Raposo, De mãe para mãe- questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra editora, Coimbra 2005; Fernando Araújo Pereira, A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida, Coimbra, 1999, nota 35.

⁹ Eric Blyth and Claire Potter, Paying for it? Market forces and assisted conception in Rachel Sclater Cook and Shelley Day, Surrogate Motherhood: international perspectives, Oxford, Hart publishing, 2003.

substituição oneroso, tendo como intermediário uma agência americana. No caso Baby M, a mãe que deu à luz recusou-se a entregar a criança; e no caso Cotton, Inglaterra ficou chocada com a natureza onerosa do contrato, visto serem aceites apenas contratos gratuitos¹⁰.

Em 2015, Anne Marie Casson, de 46 anos, deu à luz um filho para o seu filho de 26 anos, solteiro e homossexual, que desejava há muito ser pai. A criança foi gerada recorrendo-se a óvulos de dadora e a esperma do filho de Anne, tornando-se este em pai biológico e a gestante em avó; e em 2016, Tracey Thompson, de 54 anos, gerou uma filha para a sua filha e para o marido desta, que, após várias tentativas infrutíferas, não conseguiam ter filhos. A bebé foi concebida através da técnica de fertilização *in vitro* com as gâmetas do casal, sendo portanto sua filha biológica¹¹.

Deverão estas duas realidades ser tratadas da mesma forma?

2. Tipologia

Atendendo ao critério utilizado, são possíveis várias modalidades de maternidade de substituição, mas irei enumerar apenas as que considero essenciais: aquela em que o óvulo fecundado pertence à mulher que irá dar à luz e será sua filha biológica, cujo pai poderá ser o elemento masculino do casal ou um indivíduo singular; outra hipótese é o recurso a sémen de um dador, no caso de esterilidade do elemento masculino. Esta técnica poderá ser levada a cabo através de inseminação artificial ou FIV; poderemos ter também fecundação de um óvulo de uma dadora com esperma do titular do projecto parental e posterior transferência para a mulher que irá gerar (FIV); fecundação usando o material genético do casal e posterior transferência para o útero de outra mulher; ou fecundação recorrendo a material genético de terceiros e transferência para a gestante. Quando a futura criança carrega o material genético de ambos os detentores do projecto parental, estamos perante a maternidade de substituição homóloga. Se, pelo contrário, não foram usadas as gâmetas do casal, a maternidade será heteróloga e pode ainda ser parcialmente heteróloga se só se transmitirem as gâmetas de um dos membros do casal ou de uma pessoa individual que assumirá sozinha a criança. A convenção pela qual as partes se obrigam pode ter natureza gratuita, caso em que não

¹⁰ Notícia disponível em <https://elpais.com/diario/1985>.

¹¹ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada.

existe contrapartida monetária (será um contrato de base altruísta), ou, pelo contrário, natureza onerosa, caso em que existe uma transação comercial (a mãe gestante é paga¹²).

3. O Princípio da dignidade humana e a divergência de posições

“Incumbe, designadamente ao Estado, para proteção da família:

e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.”-art.67,nº2,al.e) CRP.

Afinal, o que é a dignidade humana?

É impossível falar dela sem mencionar Immanuel Kant (1724-1804)¹³, o filósofo prussiano, que, na sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*¹⁴, afirmou que “o homem...existe como fim em si mesmo”. Sendo assim, com base neste princípio, o homem é irreduzível a objeto e não pode servir como meio para atingir um fim que lhe é totalmente alheio. O homem não é uma coisa, não é um instrumento, não tem preço.

Este princípio intrínseco¹⁵ ao ser humano é de difícil densificação e mesmo o TC no já analisado acórdão nº 101/2009 não explica o sentido que lhe dá¹⁶.

Para Jorge Reis Novais, é o sentido de justiça que nos impele a reconhecer a dignidade a qualquer pessoa humana pelo simples facto de o ser. Todos os seres humanos merecem igual consideração, igual atenção e respeito, o sentido de justiça atribui à pessoa humana um valor extraordinariamente elevado, uma dignidade própria¹⁷. Como parte integrante desta dignidade deve-se reconhecer à pessoa autonomia e liberdade de condução da sua própria vida.

¹² Para mais desenvolvimentos vide João Carlos Loureiro, *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. Doutor Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra 2013.

¹³ Mário Reis Marques, *Introdução ao direito*, vol. I, Almedina, 2007, pag.130.

¹⁴ Victor Santos Queiroz, *A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant*, disponível em <http://jus.com.br/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant>

¹⁵ Para uma distinção entre dignidade intrínseca e extrínseca vide Daniel Serrão, *A dignidade humana no mundo pós-moderno*, Revista Portuguesa de Bioética, nº11, Julho 2010.

¹⁶ Benedita Mac Crorie, *O princípio da dignidade humana e a procriação medicamente assistida*, em *Actas do seminário internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, Porto e FDUP, 2017.

¹⁷ Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*, vol. II, Almedina, 2016, pag.97 a 100.

A violação da dignidade humana deve ser aferida perante um caso concreto, verificando-se quando a pessoa foi instrumentalizada, desprezada, humilhada e degradada na sua condição humana. Porém, atendendo ao princípio da autonomia pessoal, não se considera a pessoa instrumentalizada quando a própria assim não se considera, devendo-se atender à intenção subjacente e ao significado social da ação¹⁸, evitando-se restrições desproporcionadas à sua liberdade pessoal¹⁹.

Com o fim da II Guerra Mundial, a 14 de agosto de 1945, e após várias tentativas de extermínio da família humana pelo próprio Homem, as nações do mundo uniram-se com o propósito comum de “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana...”- CNU (1945)²⁰

Tendo como objetivo a proteção da pessoa humana, outros instrumentos de direito internacional se seguiram: a DUDH(1948), PIDCPol.(1966), CEDAW(1979) ou a CDCriança(1989)²¹.

Iluminando todo o ordenamento jurídico a partir da lei fundamental, o princípio da dignidade humana encontra-se plasmado no art.1 da CRP: “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Este princípio concentra em si a mais elevada carga axiológica e, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, “significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República²²”.

Da ideia de dignidade são extraídos os direitos do Homem, direitos que pertencem a todos os homens, são universais e é nestes que se fundamentam os direitos fundamentais positivados nas constituições, inclusive a nossa. Segundo João Carlos Loureiro, a dignidade humana opera mediatamente através de cada um dos direitos fundamentais e só subsidiária e excecionalmente se pode falar em violação autónoma deste princípio²³.

Tendo como pano de fundo este princípio, no que ao nosso tema diz respeito, vozes se levantam contra a maternidade de substituição. A utilização do útero de uma

¹⁸ Jorge Reis Novais, apud Benedita Mac Croire, princípio da dignidade humana e a procriação medicamente assistida, em Actas do seminário internacional” Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017.

¹⁹ Jorge Reis Novais, A dignidade da pessoa humana, vol. II, Almedina, 2016, pag.96.

²⁰ Disponível em <http://www.cm.vfxira.pt>

²¹ Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt>

²² J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina.

²³ João Carlos Loureiro, Os genes do nosso (des) contentamento, Boletim da FDUC, nº77, 2001.

mulher para gerar uma criança que vai entregar a outra pessoa ofende a dignidade humana?

São os argumentos contra e a favor que serão elencados de seguida.

3.1. Argumentos contra a maternidade de substituição

3.1.1. Instrumentalização da mulher gestante e da criança

Utilizar um ser humano unicamente para satisfazer desejos próprios é atentar contra a dignidade humana. A mulher gestante é usada como incubadora de filhos de terceiros e a criança é o objeto de desejo de uma ou duas pessoas, sendo desconsiderados os seus interesses. Apesar de, no quotidiano, todos nós consentirmos certa medida de instrumentalização, prestando serviços de natureza intelectual ou física, a maternidade de substituição, quando entendida como prestação de serviços, aliena a pessoa de forma temporal, não podendo, ou melhor, não devendo a gestante envolver-se de forma emocional com a criança, que deverá entregar a que teve a vontade inicial de a ter e colocou em marcha o projeto parental.

Isilda Pegado, advogada, afirma que a legalização da maternidade de substituição significa um retrocesso nos direitos da mulher, levando à sua instrumentalização e escravatura e chama a atenção para o facto de o caminho a seguir ser no sentido da dignificação da pessoa humana²⁴.

Vera Lúcia Raposo, também advogada e docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, discorda desta posição, negando qualquer aniquilação da pessoa jurídica no caso da comparação ao instituto da escravatura, frisando que, se as mulheres deram o seu consentimento de forma livre e esclarecida, deve prevalecer a liberdade e autodeterminação pessoal²⁵.

²⁴ Ana Isabel Cabo, Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa, Boletim da OA, n°88, 2012.

²⁵ Vera Lúcia Raposo, Quando a cegonha chega por contrato, Boletim da OA, n°88, 2012.

3.1.2. Princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação

As normas que estabelecem a filiação no CC são imperativas. Só é possível obter o estatuto de filho, mãe ou pai através dos meios previstos neste código, o que afasta o princípio da autonomia da vontade nesta matéria, sem prejuízo de alguns dos meios previstos necessitarem obrigatoriamente de uma manifestação de vontade privada, como sejam a adoção, a ação de investigação de paternidade ou até a perfilhação. Por força deste princípio, retira-se às partes o poder de negociar os vínculos da filiação²⁶.

Nas palavras de Guilherme Oliveira, “não se passa a ser mãe ou deixa de ser por força de um contrato”²⁷.

O estado pessoal das pessoas é, portanto, matéria indisponível.

3.1.3. Exploração da pobreza e comercialização da vida humana

É certo que é grande o risco de exploração da mulher gestante no caso de um contrato oneroso, visto ser óbvio que uma mulher com necessidades económicas se preste mais facilmente a gerar uma criança para outrem a troco de dinheiro. A ausência de exploração não passa de um nobre desejo do legislador, que torna lícito este tipo de contratos, e mesmo quando só são lícitos os contratos gratuitos, o risco diminui, mas está sempre presente e não é possível assegurar que não haverá uma transação económica envolvida²⁸. Mesmo que se considere que estamos perante um contrato de prestação de serviços²⁹, este contrato está tão intimamente ligado à pessoa que o presta (envolve a capacidade reprodutiva) que é incomparável a qualquer outra prestação de serviços, visto estar em causa a criação de um novo ser humano e possivelmente a transmissão de material genético da gestante, que repugna a quem se opõe a esta situação.

²⁶ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da família, vol. II.

²⁷ Guilherme Oliveira, “mãe há só uma/duas (contrato de gestação)”, Coimbra Editora, Coimbra 2012.

²⁸ Informe del Comité de Bioética de España, pag.31 e 32.

²⁹ Defendendo este contrato como prestação de serviços, Vera Lúcia Raposo, Quando a cegonha chega por contrato, Boletim da Ordem dos Advogados, nº88, Março, 2012.

Em todo o caso, aos detentores do projeto parental não interessa a gravidez, mas sim o seu resultado, a criança. Estaremos perante um contrato de prestação de serviços com obrigação de resultado?³⁰

Segundo o Comité de Bioética de Espanha, se objeto do contrato é a gestação, então a gestante submete-se à vontade dos beneficiários, ainda que voluntariamente, se o objeto for a criança incorre-se no crime de tráfico de crianças.

O Comité de Bioética de Espanha, no seu parecer dado sobre o tema que nos ocupa, opõe-se a qualquer forma de maternidade de substituição.

3.2. Argumentos a favor da maternidade de substituição

“Surrogate mothering has the potential to empower women and increase their status in society³¹.”

3.2.1. Princípio da autonomia privada e liberdade sobre o próprio corpo

Segundo o art.405 CC, “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver.” Se a vontade foi manifestada de forma livre e esclarecida, a autonomia privada deve prevalecer. Um dos limites da lei consta do art.280, nº2 CC, onde se lê: “É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.” Os bons costumes são o conjunto de regras éticas aceites pela generalidade das pessoas num dado tempo e lugar, e a ordem pública é o conjunto de princípios fundamentais em que assenta o ordenamento jurídico, os quais prevalecem sobre as convenções privadas, são imperativos. Estamos perante noções variáveis consoante os tempos³².

³⁰ Stephen Wilkinson, *Bodies for Sale, Ethics and exploitation in the human body trade*, London, Routledge, 2003.

³¹ National Bioethics Consultative Comité, *Surrogacy: Report 1*, pág. 10, apud Vera Lúcia Raposo “De mãe para mãe”- *Questões éticas e legais*, cit., pág.46.

³² Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edição, 2005.

Como manifestação da sua autonomia pessoal, a mulher tem direito sobre o seu corpo, decidindo se quer ter ou não filhos ou se coloca os seus direitos reprodutivos ao serviço de terceiros³³.

3.2.2. Princípio da igualdade (art.13º CRP)

Relativamente a casais inférteis, se a infertilidade for masculina, é permitido o recurso á inseminação heteróloga da mulher com sémen de dador, e se a infertilidade for feminina, é impedido o recurso à maternidade de substituição.

Tratando-se de casais homossexuais ou pessoas singulares, argumenta-se igualmente a violação deste princípio, quando aceite a maternidade de substituição, e só casais heterossexuais a ela podem aceder³⁴ (art.13, nº2 CRP).

3.2.3. Direito a constituir família (art.36, nº1 CRP)

De acordo com Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, constituir família é, em primeiro lugar, o direito a procriar e, em segundo, o direito a estabelecer as correspondentes relações de filiação³⁵.

O direito a constituir família, numa interpretação atualista, inclui o direito à reprodução pelos meios normais e por todos aqueles permitidos pela ciência. Tratando-se de um direito fundamental, só para proteção de outros direitos fundamentais deve ser limitado³⁶ (art.18 CRP).

3.2.4. O dom da vida

A solidariedade é um valor básico de viver e estar em sociedade. Quem permite que outrem possa ter um filho emprestando o seu útero dá um presente inigualável³⁷.

Helena Ragoné, na sua pesquisa sobre tema em questão, recolheu informações de um grupo de mulheres que afirmaram que seriam sempre mães de substituição se não

³³ Vera Lúcia Raposo, “ De mãe para mãe”, questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

³⁴ Idem.

³⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, vol. I, Coimbra Editora,2008.

³⁶ Vera Lúcia Raposo, “ Quando a cegonha chega por contrato”, boletim da OA, nº88, 2012.

³⁷ Vera Lúcia Raposo, “ Quando a cegonha chega por contrato”, boletim da OA, nº88, 2012.

houvesse dinheiro envolvido³⁸. Neste sentido, o relatório sobre procriação medicamente assistida e gravidez de substituição do CNEV, de Miguel Oliveira da Silva, refere Thomas Nagel, que, na sua obra *The Possibility of Altruism*, chama a atenção para os efeitos benéficos na autoestima, sentidos por quem pratica o dom³⁹.

4. O contrato oneroso

“ ... que nenhum cidadão seja tão rico que possa comprar um outro e nenhum tão pobre que seja constringido a vender-se”- Rosseau⁴⁰

Na hora de legislar e legalizar este tipo de contrato, o legislador depara-se com um dilema: o contrato deve ser gratuito ou pode ser oneroso?

A maior parte dos países onde é permitida a maternidade de substituição optou pela vertente gratuita, como é o caso da Grécia, Israel, Reino Unido e da África do Sul⁴¹. No contrato oneroso, a mãe portadora é paga e é frequente existirem intermediários (advogados, agências), cuja função é estabelecer o contacto entre as partes e redigirem o acordo.

A gestante recebe um pagamento pela prestação de um serviço de gestação ou pelo bebé? Estamos perante o problema de definir o objeto do contrato.

Os defensores da prestação de serviços argumentam que é uma prestação de natureza pessoal que em nada difere dos outros serviços prestados com o corpo, desde o trabalho manual ao intelectual e outros serviços que os pais contratam para os filhos (nanny)⁴².

No entanto, existe um bebé envolvido e a gestante não será paga se não o entregar aos beneficiários (pais legais), o que pode indicar que o objeto do contrato é a criança.

Para contrariar esta leitura, surge a ideia de que se trata de uma prestação de serviços com obrigação de resultado, sustentada pelos argumentos de que os bebés não

³⁸ Helena Ragoné, *The gift of life: Surrogate motherhood, Gamete donation and construction of altruism*, in *Surrogate motherhood*, Rachel sclater and shelley Day- “International perspectives”, Oxford, Hart Publishing 2003, p.210 e 212.

³⁹ Disponível em <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=&y=2012&o=DESC>

⁴⁰ Rousseau, *O contrato social*, apud Mário Reis Marques, *Introdução ao Direito I*, Almedina, 2007.

⁴¹ Silvia Vilar González, *Gestacion por sustitución en España*, Tesis Doctoral, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017.

⁴² Vera Lúcia Raposo, *Quando a cegonha chega por contrato*, Boletim da OA, nº88, 2012.

são propriedade de ninguém, que os pais detêm apenas poderes/deveres para com os filhos e, portanto, os exercem no interesse destes e, no caso da mulher gestante, a criança é apenas transferida desta para os seus pais genéticos ou, no caso de uma maternidade de substituição parcialmente heteróloga, para o seu progenitor genético⁴³. Enfatiza-se o facto de se estar a pagar o sofrimento e o esforço da gestante.

Fernando Araújo Pereira também desvaloriza as preocupações relacionadas com a vertente onerosa deste contrato, equiparando-a a uma qualquer prestação de serviços e nega que uma eventual exploração seja unilateral ou danosa para alguma das partes envolvidas, alertando que a proibição deste contrato origina uma multiplicação do contrato gratuito no seio familiar com todas as complicações de mistura de papéis que pode originar⁴⁴. Contudo, persistem receios quanto ao surgimento de um mercado de bebés ou de uma nova profissão: as produtoras de bebés⁴⁵.

Uma terceira via é apontada – a cedência das responsabilidades parentais.

O art.1882 CC proíbe a renúncia às responsabilidades parentais, pelo que esta matéria está fora do comércio jurídico.

Quanto a este assunto, penso que é preciso distinguir se a mulher gestante contribui ou não com o seu material genético. Caso o ovócito lhe pertença, é difícil aceitar que se trate apenas de uma prestação de serviços de gestação, mas caso as gâmetas não sejam suas, aceito a tese da prestação de serviços, que se torna evidente no caso em que os beneficiários transmitam ambos o seu material genético. O objeto do contrato não é claro e o perigo da venda de seres humanos é real, pelo que considero imprudente a sua legalização como contrato oneroso.

Numa tentativa de afastar qualquer comercialização sobre o corpo humano, é frequente a mobilização do direito penal para sancionar a contratualização onerosa. Tanto países que aceitam apenas o contrato gratuito como os que o proíbem penalizam com penas de multa ou penas privativas da liberdade todos ou alguns dos intervenientes que infringem a lei⁴⁶.

Em Portugal, a lei 32/2006, no seu artigo 39º, criminaliza esta conduta, penalizando os beneficiários com pena de multa até 240 dias ou prisão até 2 anos, a

⁴³ Stephen Wilkinson, *Bodies for sale, Ethics and exploitation in the human body trade*, London:Routhledge, 2003.

⁴⁴ Fernando Araújo Pereira, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, 1999.

⁴⁵ Vera Lúcia Raposo, *De mãe para mãe, questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

⁴⁶ Silvia Vilar González, *Gestación por sustitución en España*, Tesis Doctoral, Universitat Jaume I Castellón de la Plana, 2017.

gestante com multa até 240 dias e os intervenientes com penas de prisão até 5 anos. Os contratos de gestação gratuitos, concretizados fora dos casos legalmente admitidos, também são criminalizados⁴⁷. Na anterior redação deste artigo, era apenas criminalizada a realização de contratos onerosos, mas com a alteração provocada pela lei 25/2016, que tornou lícita a gestação de substituição a título gratuito mediante o cumprimento dos requisitos legais, o legislador alargou claramente o âmbito de criminalização.

Atendendo ao disposto no art.18, n.º2 CRP, os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos para proteger outros direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição, devendo observar-se o princípio da proporcionalidade.

Não sendo a dignidade humana um bem jurídico, antes um princípio através do qual se concretizam certos bens jurídicos, e não se encontrando um bem jurídico digno de tutela penal, alguma doutrina questiona a legitimidade da intervenção penal.

O parecer dado sobre este tema pelo Conselho Superior da Magistratura refere as reflexões de Faria Costa, que entende que, se estas matérias se devem revestir de neutralidade axiológica, não deve intervir o direito penal, uma vez que não se identifica qualquer bem jurídico material que possa sustentar os tipos legais⁴⁸.

Seguindo esta linha argumentativa, estão Maria João Antunes⁴⁹ e Rafael Vale e Reis⁵⁰, que conclui mesmo que podemos estar perante “victimless crimes”.

Sendo o direito penal um direito que se deve convocar de forma subsidiária, portanto, de última ratio, é apontado como caminho a seguir o direito contra-ordenacional⁵¹.

Resta referir que a alínea a) do art.n.º2 do Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, define como venda de crianças “qualquer ato ou transação pelo qual uma criança seja transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo contra remuneração ou qualquer outra retribuição⁵²” e a Convenção para a Proteção dos

⁴⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis

⁴⁸ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36663>

⁴⁹ Maria João Antunes, Procriação medicamente assistida- questões novas ou renovadas para o Direito Penal ?, estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra 2010, vol. III.

⁵⁰ Rafael Vale e Reis, Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida, a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas, *lex medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, N.º 13, 2010.

⁵¹ João Miguel Leal Rebola, A maternidade de substituição, em especial a criminalização do contrato oneroso, Dissertação do 2.º ciclo de estudos em Direito, na área de especialização em ciências Jurídico-Forenses, apresentada à FDUC, 2013.

⁵² Convenção dos direitos da criança, disponível em <http://www.unicef.pt>

Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano, face às aplicações da Biologia e da Medicina, que no seu art.21 diz que “ O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros”⁵³.

⁵³ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1644&tabela=leis

Capítulo II - Os direitos dos intervenientes

Antes de mencionar os direitos dos intervenientes, cumpre fazer a distinção entre direitos subjetivos, direitos de personalidade e direitos fundamentais de personalidade.

Direitos subjectivos

Os direitos subjectivos, em sentido amplo, são poderes atribuídos ou reconhecidos, pela ordem jurídica de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo ou negativo, ou de produzir através de ato unilateral efeitos na esfera jurídica alheia. Em sentido estrito, direitos subjetivos são poderes atribuídos pela ordem jurídica de exigir ou pretender de outrem determinado comportamento positivo ou negativo. Do lado passivo da relação jurídica surge um dever jurídico de ação ou omissão. Os direitos subjetivos podem dividir-se em direitos de personalidade, obrigacionais, reais, intelectuais, familiares, sucessórios, patrimoniais e não patrimoniais. Podem classificar-se também como relativos ou absolutos⁵⁴.

Direitos de personalidade

São uma das categorias dos direitos subjetivos, são direitos absolutos, isto é, implicam para todos uma obrigação geral de abstenção, são oponíveis *erga omnes*. São inerentes à pessoa e reconhecidos pela lei civil. Protegem o bem da vida, a integridade física, o nome ou a imagem. São imprescritíveis⁵⁵.

Direitos fundamentais de personalidade

São direitos de personalidade consagrados na Constituição e, por isso, beneficiam de uma proteção reforçada. É o caso do direito à vida (art.24 CRP) ou do direito à identidade pessoal (art.26 CRP), entre outros⁵⁶.

⁵⁴ Rabindranath Capelo de Sousa, Teoria geral do direito civil, vol. I.

⁵⁵ Catarina Lima e Marta Saraiva, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, em <http://repositorio.ulusiada.pt>

⁵⁶ Idem.

1. A gestante

É a parte contratual que suporta a gravidez e dá à luz a criança que entregará ao titular ou aos titulares do projecto parental, abdicando de todas os poderes-deveres parentais.

A gestante pode contribuir com o ovócito e, neste caso, será também mãe genética, mas, independentemente da transmissão do material genético, uma coisa é certa, é ela que vive, sente e transmite ao nascituro todas as emoções próprias do plano emocional, para além, claro, de lhe sustentar a vida, biologicamente falando. Mas faz mais do que isso. Está provado cientificamente que não é indiferente o útero no qual se irá implantar o embrião. A interdependência existente entre embrião/feto e gestante verifica-se durante todo o desenvolvimento da gravidez, determinando “a expressão dos genes” do embrião/feto para sempre⁵⁷. O embrião, por sua vez, também altera a mãe gestante para sempre, dado o DNA fetal em circulação. Estas células ficam alojadas nos seus órgãos com repercussões a nível da sua saúde física e emocional⁵⁸. Como se vê, a simbiose corporal existente durante este período reflete-se para além do plano contratual, prolonga-se durante toda a vida dos dois.

Cabe agora averiguar quais os direitos que assistem à mãe gestante.

1.1. Direito à integridade pessoal (art.25 CRP) e direito a dispor do próprio corpo.

No título II, capítulo I da CRP, são tutelados bens jurídicos inerentes à pessoa (subjctivos). São os direitos fundamentais (protegidos pela lei fundamental) de personalidade.

O direito à integridade física protege os cidadãos de qualquer agressão ilícita à sua saúde corporal e integridade moral (art.25 CRP). Esta proibição vale contra Estado e contra particulares. É um direito pessoal e irrenunciável, a não ser nos casos em que seja

⁵⁷ Relatório nº 63/CNEV/2012, sobre PMA e gestação de substituição, disponível em <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=&y=2012&o=DESC>

⁵⁸ Natalia López Moratalla, la comunicación materno-filial en el embarazo: el vínculo de apego, Pamplona, 2008, p.52, apud João Carlos Loureiro, Outro útero é possível: da civilização (da técnica), corpo e procriação – tópicos em torno da Maternidade de Substituição, in direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais – homenagem ao Prof. Doutor Peter Hunerfeld, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

aceitável o consentimento⁵⁹. De facto, o titular do bem jurídico em causa pode dele dispor livremente desde que essa disposição seja legal nos termos do art.81 CC. O próprio CP, no art.149, refere a livre disposição deste bem e afasta a ilicitude com base no consentimento do titular. No que diz respeito à disposição do próprio corpo, existe divergência quanto a saber se estamos perante um direito fundamental ou uma manifestação do princípio da autonomia privada na vertente de liberdade geral de ação, com relevância na aplicação do respetivo regime jurídico, ou se aplica o regime limitativo de liberdades e garantias ou se aplica o regime do código civil⁶⁰.

Com isto em mente, a mulher que pretenda suportar uma gravidez em nome de outrem pode fazê-lo livremente, atuando dentro do espaço de liberdade conferido pelo princípio da autonomia privada, celebrando os contratos que quiser, com quem quiser, dentro dos limites da lei (art.405 CC), limites estes que se encontram no art.280 CC. A ordem pública e os bons costumes já referidos no capítulo I, no ponto 3.2.1, são conceitos evolutivos e, portanto, objeto de uma interpretação atualista.

Como acabado de referir, sendo os direitos de personalidade livremente disponíveis, a sua limitação voluntária também está sujeita à livre revogabilidade por parte do titular, a todo o tempo, é o que nos diz o nº2 do art.81 CC.

Sendo assim, uma mulher que aceita levar avante uma gravidez para outrem tem direito ao arrependimento? Pode desistir da gravidez, interrompendo-a a todo o tempo? Tem o direito de não cumprir o contrato, não entregando a criança a quem se obrigou?

1.2. Direito ao arrependimento

1.2.1. Interrupção voluntária da gravidez

A lei penal permite a interrupção voluntária da gravidez (ad nutum) até às 10 semanas de gestação, cabendo a decisão unicamente à mulher grávida (art.142, nº1, alínea e)). Não sendo necessário o consentimento do pai da criança, verifica-se que a ligação genética neste âmbito é irrelevante, tornando-se evidente que o que se pretende

⁵⁹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

⁶⁰ Catarina Lima e Marta Costa, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, em <http://repositorio.ulusiada.pt>

proteger é a integridade física da mulher⁶¹. Assim sendo, aplica-se a lei também à grávida que seja parte num contrato de gestação de substituição.

Devem estar previstas no contrato, de forma exaustiva, as várias hipóteses em que a portadora da gravidez deve abortar ou não, dentro do permitido pela lei, no art.142 CP. No entanto, a decisão final cabe sempre à gestante. Essas cláusulas servirão para vincular as partes, não no sentido de determinar quem detém a decisão, mas para as partes ponderarem todas as hipóteses possíveis e, em caso de incumprimento, determinar a respetiva responsabilidade civil⁶².

Maria Raquel Guimarães defende que ”uma sentença judicial que viesse reconhecer a obrigação de uma mulher realizar um aborto ou viesse negar a possibilidade de esta abortar com fundamento no cumprimento de uma cláusula do contrato de gestação de substituição a que aquela se vinculou ultrapassam os poderes de intervenção do Estado no domínio da autodeterminação da pessoa”⁶³.

Para Catarina Lima e Marta Costa, o consentimento dado pela mãe portadora deveria, pelo menos, vinculá-la a abster-se de interromper voluntariamente a gravidez, salvo se a mesma puser em risco a sua saúde ou integridade física⁶⁴.

A opção legislativa de proteger a integridade física da mulher portadora da gravidez, em detrimento do valor da vida intrauterina, com a despenalização do aborto ad nutum, até às 10 semanas, não podem levar a outra conclusão que não seja a de que a mulher grávida, parte ou não num contrato de maternidade de substituição, poderá abortar dentro do quadro legal previsto, incorrendo em caso de incumprimento contratual, no dever de indemnizar a outra parte nos termos do código civil.

1.2.2. Recusa de entregar a criança

Se a situação anterior era bastante sensível e complexa, a situação em que a mulher gerou a criança e a deu à luz e se recusa a entregá-la a quem se obrigou é um dos

⁶¹ Maria Raquel Guimarães, Subitamente no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento, Actas do seminário internacional ” Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017.

⁶² Vera Lúcia Raposo, A parte gestante está proibida de pintar as unhas, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017.

⁶³ Maria Raquel Guimarães, Subitamente no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017.

⁶⁴ Catarina Lima e Marta Costa, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, em <http://repositorio.ulusiada.pt>

problemas mais frequentes e igualmente delicado. Os casos que se tornaram conhecidos mundialmente derivaram exatamente desta relação conflituosa.

A situação em que duas mães reclamam para si uma criança faz lembrar a história bíblica em que, precisamente, duas mulheres se diziam mães de um bebé. O litígio foi levado à presença do sábio rei Salomão. O rei, perante o caso, mandou que se dividisse a criança ao meio e se entregasse metade a cada uma. Enquanto uma das mulheres achou uma boa solução, a outra implorou ao rei que não fizessem mal ao menino e o entregasse à primeira mulher. O rei percebeu claramente quem era a mãe verdadeira (biológica e genética) e entregou o filho a esta última⁶⁵. Esta história mostra-nos que, normalmente, o critério biológico, genético, afetivo e jurídico caminham de mãos dadas e, por isso, devem ser os pais, porque estão melhor habilitados, a criar os filhos.

No âmbito de um contrato de gestação, a mãe gestante pode emprestar apenas o útero ou também ceder o material genético. Deve o litígio ser decidido da mesma forma?

Nos casos de mãe portadora e genética, a maternidade deve ser estabelecida em relação a ela e a criança apenas lhe poderá ser retirada em caso de incumprimento das suas responsabilidades parentais, em cumprimento do disposto no art.36, nº5 e 6 CRP e art. 1915 e 1918 do CC. Caso esta seja casada, funcionará a presunção legal contida no art.1826 CC e poderá ser impugnada nos termos do art.1839 CC.

Se se trata apenas de mãe portadora e a beneficiária doou o ovócito, é relativamente a esta que deve ser estabelecido o laço de filiação. Se esta for casada, funcionará igualmente a presunção referida e o seu modo de impugnação.

É inegável, como já referido, que a mulher que gera influencia o futuro ser humano e a ligação entre os dois fica gravada num e noutro para toda a vida, mas o laço genético é mais forte, determinando características físicas e traços psicológicos do concebido, e este deve prevalecer.

Se nenhum dos intervenientes tem uma ligação genética com a criança, porque este foi concebido com gâmetas de terceiros, deve prevalecer o laço biológico e a gestante deve ser considerada a mãe legal, apesar de não ter partido dela o projeto parental inicial⁶⁶. Esta solução vai ao encontro do estabelecido no art.1796, nº1 CC, que

⁶⁵I Reis,3,16-18.

⁶⁶ Em sentido próximo, embora discordando no caso de reprodução heteróloga, em especial se a portadora é dadora, considerando dever aplicar-se o regime aplicável aos dadores de espermatozoides, óvulos e

estabelece que mãe é quem dá à luz e, caso não seja o elemento masculino o dador das gâmetas, deve ser aplicado por analogia o art.1839, nº3 CC, que proíbe a impugnação da paternidade pelo cônjuge que consentiu na utilização da técnica de PMA⁶⁷.

No direito anglo-saxónico, em que é aceite a maternidade de substituição gratuita, a mulher que dá à luz é sempre considerada a mãe da criança, independentemente da transmissão do material genético. Após um período de reflexão de 6 semanas, a gestante decide se entrega ou não a criança aos beneficiários e, em caso afirmativo, estes solicitam ao tribunal uma “parental order” através da qual se estabelece a filiação a seu favor⁶⁸. Já no estado da Califórnia, a legislação vigente protege amplamente os beneficiários a quem declara pais legais, mesmo que não tenham ligação genética com o recém-nascido⁶⁹.

1.3. O direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26 CRP)

Cada ser humano é único e irrepetível. Ao nascer de forma completa e com vida, adquire personalidade jurídica (art.66, nº1 CC), tornando-se sujeito autónomo de direitos e obrigações. Distinta mas conexas, porque também inerente ao Homem, a personalidade humana “é uma unidade físico-psico-ambiental de pesada tradição mas em constante desenvolvimento, que coordena e assume as suas próprias funções e que, na autonomia do homem de fazer-se a si mesmo, funda e ultrapassa os múltiplos e diversos elementos internos, sociais e ambientais de que é composta”⁷⁰.

O direito ao desenvolvimento da personalidade está consagrado na CRP, no art.26, nº1, desde a 4ª revisão constitucional (1997), como direito, liberdade e garantia formalmente constitucional⁷¹. A norma constitucional protege a personalidade humana não de forma estática, mas dinâmica, ao longo de toda a sua vida. O ser humano, com todo o seu potencial, é livre de conformar a sua vida de acordo com os seus valores, livre de fazer as suas escolhas a nível pessoal e profissional, apenas com o limite

embriões, e não admitido a maternidade de substituição caso não exista vínculo genético da futura criança com os beneficiários, Catarina Lima e Marta Costa, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, disponível em <http://www.repositorio.ulusiada.pt>

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Silvia González, Gestación por sustitución en España, Tesis Doctoral, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Rabindranath Capelo de Sousa, O direito geral de personalidade, Coimbra Editora, 1995.

⁷¹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

imposto pela lei fundamental de respeitar outros direitos constitucionalmente protegidos (art.18, n°2 CRP).

De acordo com J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o desenvolvimento da personalidade engloba três vertentes: a formação livre da personalidade, sem imposições estatais de modelos de personalidade; a proteção da liberdade de ação, de acordo com o projeto de vida de cada um, e a proteção da integridade da pessoa humana para além da prevista no art.25 CRP⁷².

Seguindo esta linha de pensamento, o Acórdão n°288/98 de 17 de Abril do TC, citado por Felipe Arady Miranda, entendeu que esse direito compreende “a autonomia individual e a autodeterminação” e confere “a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”⁷³.

A respeito da maternidade de substituição, Catarina Lima e Marta Costa perguntam “qual é o limite de liberdade de conformação da personalidade, e onde termina a minha capacidade de livremente definir os meus valores, projetos de vida e objetivos?”. A sua resposta é clara, “pensamos que, neste âmbito, enquanto não se lesem direitos, nem se violem interesses constitucionalmente protegidos, a sociedade deve ser pluralista e tolerante, permitindo todo o tipo de escolha e projetos de vida”⁷⁴.

O direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade é um direito subjetivo, o seu titular goza de poderes que impõe a terceiros, oponíveis *erga omnes*, gerando para quaisquer pessoas obrigações passivas universais (dever de abstenção). É um valor absoluto.

2. O/A(s) beneficiário/a(s)

Os beneficiários são os titulares do projeto parental. São quem deseja a criança num primeiro momento e quem impulsiona todo o processo para que o contrato de maternidade de substituição se concretize. Os beneficiários podem ser um casal heterossexual ou homossexual de mulheres ou homens, mas também pode ser uma pessoa singular de sexo masculino ou feminino. Nos casos mais frequentes, o elemento feminino de um casal heterossexual não pode ou não consegue, por motivos médicos

⁷² Idem.

⁷³ Felipe Arady Miranda, O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, disponível em <http://www.cidp/publicacao>

⁷⁴ Catarina Lima e Marta Costa, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, disponível em <http://www.repositorio.ulsiada.pt>

(esterilidade ou outra doença), levar uma gravidez até ao fim, mas pode dar-se o caso de ser um casal homossexual a desejar uma criança, caso em que estaremos perante a chamada "esterilidade relacional"⁷⁵, própria de uniões deste tipo.

O direito mais invocado para fundamentar o recurso à maternidade de substituição é o direito a constituir família. Vejamos qual a sua extensão e conteúdo.

2.1. Direito a constituir família (art.36, nº1 CRP)

Para Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o direito a constituir família é um direito a procriar e a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade⁷⁶. Referem que seria inconstitucional a esterilização de pessoas portadoras de doenças, a estipulação de um número máximo de filhos que os casais poderiam ter ou que proibissem ao pai perfilhar ou à mãe declarar a maternidade de um filho incestuoso ou concebido fora do casamento⁷⁷.

Já para Gomes Canotilho e Vital Moreira, "o direito a constituir família implica não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também o direito a ter filhos"⁷⁸.

É ponto assente entre nós o entendimento de que o direito a constituir família abrange um direito a ter filhos, a procriar, mas além fronteiras isto não é assim tão líquido. Há quem defenda a inexistência de um direito a procriar, afirmando que "na realidade, não há um direito a ter filhos, nem direito a fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como direito fundamental, mas é apenas a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte."⁷⁹

Mas o que significa procriar?

⁷⁵ João Carlos Loureiro, Há mais vida para além da letra: a questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei da procriação medicamente assistida, Revista Portuguesa de Bioética, nº11, Julho, 2010.

⁷⁶ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de direito da família, vol. I, Coimbra Editora, 2008.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

⁷⁹ Eduardo de Oliveira Leite, procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, São Paulo, Revista dos tribunais, 1995, apud Ana Thereza Meireles, Práticas neoeugênicas e limites aos direitos reprodutivos em face da protecção ao património genético, Revista do curso de direito da UNIFACS, Porto Alegre, vol.14, 2014; e neste mesmo sentido Sérgio Ferraz mencionado na nota nº5.

O significado da palavra procriar é “gerar, fazer conceber, dar origem e existência a, produzir”⁸⁰. O direito a procriar é, portanto, o direito a reproduzir-se.

Vera Lúcia Raposo entende que “aquela que não contribui com material genético, e que nem sequer leva a cabo a gestação da criança (impossível, de resto, se for do sexo masculino), não exerce um direito à reprodução, mas sim um direito a constituir família”, apontando, como conteúdo do direito, o direito a ter filhos biológicos⁸¹.

Pergunta-se agora se o direito fundamental a procriar inclui o recurso às PMA. A resposta é afirmativa. Desde logo a CRP no art.67,nº2,al.e) diz que incumbe ao Estado a regulamentação da procriação medicamente assistida, salvaguardando a dignidade humana, reconhecendo-a como fonte de relações familiares. Concordando com Catarina Lima e Marta Costa, defendo que deixa de estar em causa um direito a procriar se for impossível estabelecer um vínculo genético com a criança e, sendo assim, esta situação não seria distinta da adoção, “caso em que se relativiza o interesse em criar um novo ser humano para os mesmos efeitos que assistem a este instituto”⁸².

Estando em causa um direito fundamental, está sujeito ao regime especial do art.18 CRP, o que significa que qualquer restrição a este direito deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros interesses dignos de tutela constitucional.

O direito a procriar legitima o recurso de pessoas inférteis às técnicas de PMA, mas isso inclui todas as técnicas? Legitima o recurso à maternidade de substituição?

Penso que apenas um direito não pode servir para justificar o recurso a esta técnica, descurando direitos da portadora e da futura criança.

2.2. Direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26, nº1 CRP)

Vale para os beneficiários o que foi dito a respeito deste direito, no ponto 1.3., visto a todos ser reconhecido o desenvolvimento da personalidade, que, como já referido, é um direito absoluto. Intimamente ligado ao princípio da autonomia privada, através do desenvolvimento da personalidade nos termos referidos, procura-se a realização pessoal de todos os seres humanos e aqui se inclui a realização de um projeto parental.

⁸⁰ Dicionário de língua portuguesa Priberam, em <http://www.priberam.pt>

⁸¹ Vera Lúcia Raposo, O direito à imortalidade, Almedina, 2014.

⁸² Catarina Lima e Marta Costa, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, disponível em <http://www.repositorio.ulsiada.pt>

2.3. Princípio da autonomia privada e o direito ao arrependimento

É mais frequente que o arrependimento sobrevenha à mãe gestante, querendo pôr termo à gravidez ou reclamando a criança para si, mas a hipótese de serem os beneficiários a voltar atrás com a palavra dada também é real. O pedido de IVG, até às 10 semanas de gestação, é lícito, mas não pode ser imposta à mulher grávida. Caso, durante este período, os beneficiários se arrependam, não podem obrigar a portadora a abortar. Solução contrária, viola o princípio da autonomia privada da grávida, constitui uma agressão à sua integridade física e viola o princípio da dignidade humana. Mas outro cenário é possível. A gravidez corre normalmente, mas a criança é recusada pelos beneficiários, ou se arrependendo ainda antes de esta nascer ou após o nascimento. No limite, o menor pode ser abandonado por todos.

A permissão da celebração de um contrato desta natureza, ao abrigo da autonomia privada e de um direito a procriar, leva a crer que seja para cumprir (*pacta sunt servanda*), mas, como em todos os contratos, as partes dispõem do poder de facto de não cumprirem, sujeitando-se às consequências. Esta mudança de vontade de quem desencadeou todo o processo traz consequências graves para a criança, que, como todas as crianças, não pediu para nascer e não é um bem que se recuse por porventura não corresponder às expectativas de que a "encomendou". É difícil imaginar, mas foi o que aconteceu no Reino Unido, em agosto de 2014, com o bebé K. A mãe gestante de gémeos contou que a mãe beneficiária se recusou a ficar com um gémeo por nascer com uma deficiência, levando apenas a gémea saudável. Este caso surgiu após o caso do também gémeo baby Gammy, que nasceu com síndrome de Down e, por este facto, foi abandonado pelo casal australiano contratante, ficando estes apenas com a sua irmã que nasceu saudável⁸³.

Nestes dois casos, a gestante ficou com a criança, mas, caso persistisse um conflito negativo de parentalidade, a filiação deveria ser estabelecida em relação aos beneficiários, tendo estes, então, que entregar a criança para adoção se a continuassem a rejeitar. Não é do interesse dos pais ficar com a criança, mas, principalmente, não é do interesse da criança ficar com aqueles pais, que não mais a desejam.

Atenta a esta situação, a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado emitiu um relatório sobre maternidade de substituição, em fevereiro de 2015,

⁸³ Isabel Stilwell, Sim ou não à maternidade de substituição, 2105, disponível em <http://www.isabelstilwell.com>

levantando sérias preocupações com os direitos da criança, nomeadamente com o seu abandono e a falta de competência dos beneficiários para serem pais⁸⁴.

É o superior interesse da criança que será analisado a seguir.

3. O superior interesse da criança

Figura central e fundamental do contrato de maternidade de substituição, a criança que irá ser concebida por vontade de alguém, por outro alguém, que se compromete, antecipadamente, a desprender-se dela após o nascimento (ou pouco depois) e cujo projeto parental assenta, pois, numa verdade de intenção por contradição à verdade biológica⁸⁵. O menor pode ter até cinco “progenitores”, os dadores de gâmetas no caso de reprodução totalmente heteróloga, os pais legais, no caso de haver dois beneficiários e a gestante.

Argumenta-se que uma criança assim gerada será porventura mais feliz, porque mais desejada, do que muitas outras fruto da falta de planeamento familiar e, conseqüentemente, do acaso⁸⁶, os seus interesses estarão certamente assegurados. Importa perguntar: o que é o superior interesse da criança?

O interesse da criança é elevado a princípio jurídico formal logo na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução nº1386 (XIV), de 20 de novembro, de 1959, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que reconhece que “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do seu nascimento⁸⁷”, e no seu princípio nº2 pode ler-se que “a criança gozará de uma proteção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

⁸⁴ Conferência de Haia sobre o Direito Privado, The parentage/Surrogacy project: un updating note, disponível em <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

⁸⁵ Rute Teixeira Pedro, Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida, em “Debatendo a procriação medicamente assistida”, em Actas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 2017.

⁸⁶ Vera Lúcia Raposo, quando a cegonha chega por contrato, Boletim da Ordem dos Advogados, nº88, Março, 2012.

⁸⁷ Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança, disponível em http://www.dge.mec.pt/sites/default/.../declaração_universal_direitos_criança.pdf

Também a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, da Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, vigorando portanto na ordem jurídica interna nos termos do art.8 da CRP, obriga a que “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança⁸⁸”

Por sua vez, a CDFUE, no art.24, nº2, diz que “todas os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse primordial da criança”, e acrescenta no nº3 “Todas as crianças têm direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses⁸⁹”.

Em obediência a este princípio, o legislador português rodeou de todas as cautelas o regime da adoção, tendo em vista a realização do interesse do menor, tal como afirma o art.1974 CC. Entre outros requisitos, podem apontar-se os que estabelecem limites etários mínimos e máximos por forma a assegurar tanto a maturidade suficiente para assumir o estatuto de mãe ou pai, como a que a relação entre adotante e adotado seja realmente de pai e filho e não de avós e netos, impondo como requisito para duas pessoas casadas um período de 4 anos de união como forma de assegurar a estabilidade da relação. O processo é composto por vários passos tendo como objetivo a avaliação da capacidade do ou dos adoptantes para o desempenho de um papel fundamental na vida de uma criança, o de pais⁹⁰.

Para proteção do interesse da criança, podem apontar-se as normas que legitimam o MP a propor ação de investigação de maternidade, nos casos em que esta se encontre omissa, nos termos do art.1808 CC, e ação de investigação da paternidade, igualmente nos casos de omissão desta no registo de nascimento, nos termos do art.1864 ss.CC.

Dando a máxima concretização a este princípio, podem também apontar-se a Lei Tutelar Educativa, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e o Regime do

⁸⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em http://www.unicef.pt/dos/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

⁸⁹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016P/TXT>

⁹⁰ Rute Teixeira Pedro, Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, Março, 2017.

Apadrinhamento Civil, que, no seu art.nº5, ressalva as “reais vantagens para a criança ou jovem⁹¹”.

Vejamos agora, em particular, quais os direitos fundamentais da criança.

3.1. Direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26, nº1 CRP)

Como já explanado supra, o direito ao desenvolvimento da personalidade é um direito de todas as pessoas, logo, também da criança. Intimamente relacionado com ele, está o direito à identidade pessoal, pois só conhecendo a sua historicidade pessoal pode haver um desenvolvimento harmonioso e saudável da personalidade.

3.2. O direito à identidade pessoal (art.26, nº1 CRP)

Na opinião de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à identidade pessoal tem como sentido “garantir aquilo que identifica cada pessoa com indivíduo, singular e irreduzível, ele abrange seguramente um direito ao nome, um direito à historicidade pessoal”. Para estes autores, o direito à historicidade pessoal significa um direito a conhecer a identidade dos progenitores, podendo fundamentar um direito à investigação da maternidade e da paternidade, e reconhecem que levanta problemas nos casos de adoção e, também, nos casos de inseminação artificial heteróloga e das “mães de aluguer”. Neste sentido, o direito à identidade pessoal postularia mesmo o direito à identidade genética⁹².

A questão coloca-se no caso de inseminação artificial total ou parcialmente heteróloga, na doação de embriões e na maternidade de substituição total ou parcialmente heteróloga. Mas cumpre perguntar, no caso da maternidade de substituição, se a pessoa nascida com recurso a esta técnica tem o direito de conhecer a portadora, mesmo que esta tenha tido apenas a função de gestação.

A criança assim gerada tem o direito a conhecer as circunstâncias que rodearam a sua conceção e nascimento?

⁹¹ Disponíveis em <http://www.pgdlisboa.pt>

⁹² J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

Implica desde já esclarecer que o direito ao conhecimento das origens genéticas podendo ser instrumental ao estabelecimento da filiação distingue-se dele. Estamos perante uma “afirmação de identidade”⁹³.

Nos países em que as técnicas heterólogas são permitidas, existem vários modelos: o modelo do anonimato, o do anonimato com exceções, o da revelação e da dupla via ou “double track”.

No modelo do anonimato, aniquila-se o direito ao conhecimento das origens, visto as exceções previstas nas legislações se referirem a casos em que está em causa a saúde do concebido e no limite a própria vida, permitindo-se o acesso aos registos médicos contendo a informação requerida, mantendo-se sempre secreta a identidade do dador. É modelo existente em França⁹⁴.

No modelo do anonimato com exceções ou dos níveis de conhecimento, admitem-se quebras parcelares do sigilo, aceitando-se que em situações excepcionais relacionadas com a saúde da criança ou existindo razões ponderosas apreciadas por um juiz, se possa revelar a identidade do dador⁹⁵. Este modelo vigora em Espanha, Portugal e Grécia. No caso português, a lei 32/2006 de 26 de junho, no seu art.15, apenas permite a revelação da identidade do dador nos casos em que ele expressamente o permitir e caso se verifiquem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. Referindo-se sobre as razões ponderosas, Rafael Vale e Reis entende que a invocação deste argumento “deve considerar-se em estreita ligação com o direito ao conhecimento das origens genéticas”⁹⁶.

A favor do modelo do anonimato absoluto ou com exceções, invocam-se a paz familiar, a intimidade e a garantia da disponibilidade de gâmetas. Assim, proteger-se-ia a criança gerada com recurso a técnicas heterólogas, sendo do seu interesse que todo o processo se mantivesse secreto por forma a proteger a sua estabilidade emocional. Para o dador, também seria a melhor solução, visto nunca ser chamado à responsabilidade em relação a um filho que não desejou, e para os beneficiários seria uma solução igualmente ótima, visto proteger a intimidade e vida pessoal. João Carlos Loureiro

⁹³ João Carlos Loureiro, O nosso pai é o dador xxx e a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na PMA heteróloga, in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, 2010.

⁹⁴ Maria Gabriella Stanzione, Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada, *Actas do seminário internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, Porto e FDUP, Março 2017.

⁹⁵ Rafael Vale e Reis, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008.

⁹⁶ *Idem*. Recentemente, o Acórdão 225/2018 de 07 de Maio, considerou a redacção deste artigo inconstitucional, por violação do direito à identidade e do direito ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas com recurso a esta técnica.

critica esta opção, mobilizando argumentos tais como o facto de os avançados exames genéticos permitirem facilmente a descoberta da verdade, assim como a existência de famílias monoparentais intencionais e homoparentais em que se torna óbvio para o filho que uma terceira pessoa contribuiu para a sua conceção. Quanto aos dadores, este autor dá exemplos de países em que se banuiu o anonimato e a reprodução heteróloga continua, e frisa o facto de a solução do anonimato não garantir a quantidade suficiente de esperma. A escassez verificou-se no Brasil, país com este regime que, já no séc. XXI, teve de importá-lo dos E.U.A.⁹⁷.

O modelo da identificação admite sem rodeios a identificação do dador, tutelando-se ao máximo o direito ao conhecimento das origens genéticas. Este modelo é usado na Alemanha, Suécia, Noruega, Suíça, Holanda, Reino Unido e Áustria⁹⁸.

Os modelos mistos, duais ou “double track systems”, permitem que os dadores escolham entre o anonimato ou a revelação de identidade e, assim, os beneficiários podem escolher entre as gâmetas dos primeiros ou dos segundos. Rafael Vale e Reis chama a atenção para a violação do princípio da igualdade, concluindo que “na perspectiva do direito ao conhecimento das origens genéticas, soluções desta natureza não resolvem os problemas que se colocam nesta sede, além de potenciarem o surgimento de um outro tipo de questões, pois muito dificilmente a tutela constitucional da igualdade e a proibição de discriminação aceitaria o surgimento de duas estirpes de filhos: os que podem conhecer a identidade do dador e aqueles aos quais é negado o acesso a essa informação, não porque essa diferença de tratamento decorra do afastamento material das situações, mas apenas porque os pais jurídicos, antes da conceção, decidiram não ser incomodados com a ingerência de um dador inconveniente⁹⁹”. Este modelo é usado na Dinamarca¹⁰⁰.

A emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas resultou também do contributo do TEDH, com a interpretação dada ao art.8 CEDH, no ano de 1989, no caso *Gaskin vs. United Kingdom*, interpretando-o no sentido de que o requerente tinha um interesse constitucionalmente tutelado a ter acesso a informação

⁹⁷ João Carlos Loureiro, O nosso pai é o dador xxx e a questão do anonimato do dador de gâmetas na PMA heteróloga, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, nº13, 2010.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ Rafael Vale e Reis, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008.

¹⁰⁰ Maria Gabriella Stanzione, Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada, *Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, Porto e FDUP, Março, 2017.

sobre a sua ascendência genética¹⁰¹. Corria o ano de 2006, e de novo o TEDH, ancorando-se no art.8 da CEDH, decidiu no aresto Jaggi contra Suíça, que o requerente, um filho na casa dos 60 anos de idade, que pretendia a exumação do cadáver do pai com o fundamento do conhecimento da sua ascendência e tinha visto a sua pretensão recusada, alegando o tribunal suíço que o direito não era absoluto, deu provimento ao pedido e entendeu que estava em causa uma importante dimensão da identidade da pessoa¹⁰².

O art.8, nº1 da Convenção sobre os Direitos da Criança impõe sobre os Estados a obrigação de “respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal”; por sua vez, o nº2 acrescenta que “no caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível”¹⁰³.

Por sua vez, o art.7 reconhece o direito da criança a conhecer os seus pais e a ser educada por eles¹⁰⁴.

A jurisprudência portuguesa tem evoluído no sentido de reconhecer uma importância crescente ao conhecimento das origens.

No Ac.486/2004, de 7 de junho, o TC apreciou a constitucionalidade da redação do art.1817, nº1 CC, aplicável também às ações de investigação da paternidade por força do art.1873 CC, que excluía o direito de investigar a paternidade a partir dos vinte anos de idade do filho, e considerou a norma, tal com estava redigida, inconstitucional por violação dos arts.26, nº1, 36, nº1 e 18, nº2 da CRP¹⁰⁵.

Mais tarde, no Ac.23/2006, de 10 de janeiro, este tribunal declarou com força obrigatória geral a referida norma. Neste seguimento, o TC veio de forma reiterada, em sucessivos acórdãos, reconhecer a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, reconhecendo e valorando como valor fundamental o conhecimento das origens¹⁰⁶.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² João Carlos Loureiro, O nosso pai é o dador xxx e a questão d anonimato do dador de gâmetas na PMA heteróloga, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano7, nº13, 2010.

¹⁰³ Disponível em <http://www.unicef.pt/docs/pdf>

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. II

¹⁰⁶ André Gonçalo Dias Pereira, *Filhos de pai incógnito no século XXI Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”*, Porto e FDUP, Março 2017.

A redação atual da norma estabelece que a ação pode ser proposta durante a menoridade ou nos dez anos posteriores à maioridade ou emancipação do filho, nos três anos posteriores à retificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo primeiramente existente, ou nos três anos posteriores à impugnação por terceiro da maternidade do investigante ou quando este tenha conhecimento de factos que justifiquem a investigação. No Ac.401/2011, de 22 de setembro, o TC entendeu não julgar inconstitucional a norma com esta redação¹⁰⁷.

No acórdão 101/2009, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da lei 32/2006 (PMA) e, no que diz respeito ao art.15 da lei, onde se estabelece o modelo do anonimato do dador com exceções, o tribunal entendeu que “as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diversos contextos em que efetivamente se desenvolve essa identidade pessoal. O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal”. Concluiu não existir inconstitucionalidade¹⁰⁸.

Durante a elaboração deste trabalho, o TC foi chamado novamente a pronunciar-se sobre a constitucionalidade desta norma, declarando-a inconstitucional, conforme será referido infra.

A tendência legislativa vai no sentido de conferir um relevo crescente ao direito ao conhecimento das origens genéticas, reconhecendo-se a sua importância para o desenvolvimento da personalidade e para a formação da identidade pessoal.

Concordo com Tiago Duarte quando diz que “quer a lei os considere pais ou meros dadores, por mais que a lei queira, e razoavelmente procure apartar-lhes responsabilidades, essas pessoas fazem parte da história e da identidade genética daquele a quem, um dia, deram origem¹⁰⁹” e acrescento que tudo quanto se disse se aplica à maternidade de substituição, pois o útero que possibilitou a vida tem uma inegável influência na personalidade do concebido, como demonstra a ciência, e a pessoa

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.cnpma.org.pt>

¹⁰⁹ Tiago Duarte, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Almedina, 2003.

gerada com recurso à maternidade de substituição tem o direito de saber a verdade. No fundo, é sempre disso que se trata.

É ainda de referir que o art.1990-A CC, aditado pelo RJPA, garante às pessoas adotadas o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites resultantes do diploma que regula o processo de adoção. O acesso ao conhecimento das origens está regulado no referido regime no art.6¹¹⁰.

3.3. Direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (art.69 CRP)

Neste artigo da CRP, o direito das crianças à proteção tem como sujeitos passivos a sociedade, desde logo a família, e todas as instituições estaduais de apoio às crianças. A noção de desenvolvimento integral deve ler-se como similar ao desenvolvimento da personalidade, assente na dignidade humana e na ideia da criança como pessoa em formação¹¹¹.

Para Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o princípio constitucional de proteção à infância pode fundamentar o não consentimento do Estado à criação deliberada de famílias monoparentais através de reprodução assistida, sendo este um limite ao direito constitucional de constituir família vertido no art.36 CRP¹¹².

A proteção da infância encontra-se sistematicamente inserida no catálogo dos direitos e deveres fundamentais, mas Marta Costa e Catarina Lima reconhecem-lhe natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias beneficiando consequentemente do regime de restrições do art.18 CRP¹¹³.

¹¹⁰ Lei 143/2015, de 08 de Setembro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>

¹¹¹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

¹¹² Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de direito de família, Vol. I, Coimbra editora, 2008.

¹¹³ Marta Costa e Catarina Lima, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, disponível em <http://www.repositorio.ulusiada.pt>

Capítulo III - A maternidade de substituição no ordenamento jurídico português

1. O estabelecimento da filiação

Para além dos princípios constitucionais do direito da família, relevantes no estabelecimento da filiação, como são o direito a constituir família (art.36, nº1), não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento (art.36, nº4), proteção da adoção (art.36, nº7), proteção da infância (art.69) e proteção da paternidade e da maternidade (art.68), temos os princípios de ordem pública, nos quais assentam todo o regime do estabelecimento da filiação plasmado no CC. Refiro-me aos princípios da verdade biológica e da taxatividade dos meios para o estabelecimento dos laços de filiação¹¹⁴.

O princípio da verdade biológica diz-nos que os pais biológicos devem ser os que constam dos registos de nascimento do filho. Procura-se a coincidência entre a filiação biológica e a jurídica, sendo esta uma tradução fiel da realidade. Para concretizar este princípio, o sistema disponibiliza ações próprias para impugnar a maternidade e a paternidade que não correspondam à verdade biológica, e meios que permitem que se busquem os verdadeiros progenitores do filho.

O princípio da taxatividade significa que os meios para o estabelecimento da filiação são apenas os previstos na lei de forma imperativa. Desta forma, afasta-se o princípio da autonomia da vontade para o estabelecimento da filiação. O que foi dito não invalida que alguns meios para o estabelecimento de vínculos da filiação assentem na vontade dos particulares, como é exemplo a adoção ou a perfilhação, que também pertencem ao catálogo dos meios previstos na lei.

1.1. O estabelecimento da maternidade

Quanto à mãe, a filiação resulta do facto biológico do parto (*mater semper certa est*) (art.1796, nº1 CC).

Nos termos do art.1803 CC, a maternidade pode ser indicada por quem declarar o nascimento na altura do registo. Esta considera-se estabelecida quanto aos

¹¹⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, curso de direito da família, vol. II.

nascimentos ocorridos há menos de um ano; e quanto aos ocorridos há um ano ou mais, fica estabelecida a maternidade se a mãe for a declarante e estiver presente no ato, ou se estiver representada por procurador com poderes especiais. Fora destes casos, a pessoa indicada como mãe é notificada pessoalmente para, no prazo de 5 dias, confirmar ou negar a maternidade, sob pena de, se nada disser, o filho ser havido como seu. Se negar, a menção da maternidade fica sem efeito (art.1803 a 1805 CC).

Outro meio para o estabelecimento da maternidade é a declaração. Nestes casos, o registo de nascimento já existe, mas é omissivo quanto à maternidade e a mãe, ou um terceiro, pode fazer a declaração de maternidade, exceto quando o filho for concebido ou nascido durante o matrimónio da mãe e exista perfilhação por pessoa diferente do marido da mãe. Neste caso, verificar-se-ia um conflito de paternidades entre a estabelecida e a presumida em relação ao marido da mãe. Neste caso, é necessário a proposição de ação judicial própria nos termos dos arts.1806, 1823 e 1824 CC.

A ação servirá para esclarecer a verdade e para que conste no registo o nome do verdadeiro progenitor, o pai biológico.

A declaração pode ser feita perante funcionário do registo civil, por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo. Estas formas da declaração apenas implicam formas de registo diferentes, a primeira por assento e as restantes por averbamento.

Quando o registo de nascimento é omissivo quanto à maternidade, o MP deve promover um processo de averiguação oficiosa da maternidade, através do qual se procura a pretensa mãe. Caso a investigação tenha sucesso e se obtenha a identidade de pretensa mãe, esta pode reconhecer voluntariamente a maternidade através de termo lavrado em juízo, mas caso se recuse a fazê-lo e o MP continue convencido de que aquela pessoa é a mãe do menor, deve enviar os autos para o tribunal, propondo uma ação de investigação da maternidade e será o juiz a declarar através de sentença o reconhecimento judicial da maternidade (art.1808 e 1813 CC).

A investigação oficiosa não é um meio autónomo de estabelecimento da filiação, é simplesmente um meio instrumental, onde se obtêm provas para uma possível ação de investigação da maternidade.

O reconhecimento judicial também pode resultar de uma ação de investigação da maternidade proposta pelo filho que pretende ver o seu vínculo reconhecido, durante a sua menoridade, nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação ou nos

três anos posteriores ao conhecimento pelo investigador de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação (art.1814 a 1825 CC). É de ressaltar que, no caso de constar uma maternidade no registo de nascimento, esta tem de ser primeiro impugnada ou invalidada, e só depois é que a ação referente ao estabelecimento da maternidade pode ser proposta nos três anos posteriores à retificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório (arts.1815 e 1817 CC).

Em concretização do princípio da verdade biológica, a maternidade pode ser impugnada a todo o tempo, pela pessoa declarada como mãe, independentemente de ter sido ela a autora de declaração, pelo filho ou por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da ação (art.1807 CC). A legitimidade passiva deve ser dada, por analogia com o art.1846, nº1 CC, ao pai, ao filho e à mãe quando nela não constem como autores.

1.2. O estabelecimento da paternidade

A paternidade estabelece-se por presunção, por perfilhação (reconhecimento voluntário), ou reconhecimento judicial.

O estabelecimento por presunção funciona de forma automática sempre que a mãe é casada (*is pater est quem nuptiae demonstrant*). A lei presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio é filho do marido da mãe (art.1826, nº1 CC), de acordo com a experiência e a normalidade das coisas. É uma presunção *iuris tantum*, pelo que admite prova em contrário, em nome da verdade biológica.

Contudo, existem casos em que a lei não impõe a presunção, por considerar pouco provável que o marido da mãe seja o pai. O primeiro caso encontra-se previsto no art.1828 CC e o legislador entende que se a mãe ou o marido declararem que o filho, nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores ao casamento, não é do marido, cessa a presunção. Outro cenário em que é pouco provável que o marido seja o pai é o caso em que o filho nasce passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges, nos termos do art.1829 CC. Segundo o disposto no art.1832, nº1 CC, a mãe também pode fazer cessar a presunção fazendo a declaração de que o marido não é o pai.

O renascimento da presunção pode ocorrer se ficarem provados alguns dos factos elencados no art.1831 CC, em ação proposta por um dos cônjuges ou pelo filho.

O estabelecimento da paternidade por esta via, quando não corresponda à verdade, pode ser impugnada pela mãe, pelo marido da mãe, pelo filho e pelo MP, nos termos dos art.1838 CC a 1846 CC.

A perfilhação é uma declaração de ciência por parte do pai em como sabe que aquele filho é seu e voluntariamente o reconhece como seu. Este é o caso normal de estabelecimento da paternidade quando os progenitores não são casados. Estamos perante um ato jurídico, unilateral e não receptício (art.1847 e ss. CC). Tem também como características descritas na lei o carácter pessoal e livre (art.1849 CC), é um ato puro, simples (art.1852 CC) e irrevogável (art.1858 CC). Pode ser feita por declaração prestada perante o funcionário do registo civil, por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo (art.1853 CC). Esta última forma ocorre quando o registo de nascimento do menor é omissivo quanto à paternidade e o processo é remetido para o MP. Este abre processo de averiguação oficiosa da paternidade, tal como já foi dito, para o caso em que a omissão se verifica para a maternidade, procura-se o progenitor daquela criança (art.1864 a 1868 CC). Existe um interesse do Estado em que todos os cidadãos vejam os seus laços familiares estabelecidos e tutela-se o direito de todos ao conhecimento das suas origens e o desenvolvimento da personalidade de cada um.

A perfilhação pode ser feita a todo o tempo. Pode ser feita antes de o filho nascer, durante toda a vida do perfilhado e após a sua morte, observando-se o disposto nos art.1854 a 1857 CC. A perfilhação pode ser anulável por incapacidade do perfilhante, por erro ou coação (art.1860 e 1861 CC), estando sujeita a confirmação ou sanção pelo decurso do tempo. A declaração que não corresponder à verdade pode ser impugnada a todo o tempo (art.1859 CC).

Resta, como último meio autónomo de estabelecimento da paternidade, o reconhecimento judicial (art.1869 a 1873 CC).

Tem legitimidade ativa o filho, que pode intentar ação que vise o reconhecimento da paternidade, e assim também a mãe menor em nome do seu filho, sendo representada por um curador especial nomeado pelo tribunal (art.1869 e art.1870 CC).

O art.1871 CC elenca várias situações em que se funda uma presunção de paternidade, mas atualmente é fácil a prova dos vínculos biológicos com o recurso aos exames científicos que não deixam margem para dúvidas de quem sejam os progenitores de uma criança (art.1801 CC). No entanto, existe sempre a possibilidade de recusa por parte dos investigados, pelo que a presunção mantém a sua utilidade.

O juiz, uma vez convencido do vínculo biológico que liga o réu ao autor, emite sentença em que declara a relação de filiação entre os dois.

De referir ainda a situação mencionada no art.1839, nº3 CC, que impede a impugnação da paternidade ao cônjuge que consentiu na inseminação artificial com esperma de dador.

É um desvio ao princípio biológico justificado pelo facto de um casal ter aderido a um projeto de vida em que seria fácil ao homem provar que não era o progenitor do filho que viria a nascer, prejudicando desta forma o interesse da criança assim gerada, sujeitando-a a ter ou não ter pai consoante mudança ou não de vontade de quem consentiu na sua conceção¹¹⁵.

Outro desvio ao princípio da verdade biológica fundamentada no interesse das crianças é o instituto da adoção.

1.3. Breve abordagem ao instituto da adoção

A adoção encontra-se prevista nos art.1973 e seguintes do CC, que, ao lado da relação matrimonial, de parentesco e de afinidade, constitui uma relação de família. A adoção é um parentesco legal decretado por sentença judicial, que só será decretada se “apresentar reais vantagens para o adotando”, e “visa realizar o superior interesse da criança”.

É um processo administrativo e judicial e está regulado em pormenor no RJPA, na lei 143/2015 de 08 de setembro¹¹⁶. É um processo urgente e de jurisdição voluntária (art.31 e 32 RJPA).

Inclui três fases descritas no art.40: uma fase preparatória, em que se integram os organismos de segurança social ou instituições particulares autorizadas, no que respeita ao estudo de caracterização da criança com vista à adoção e se avaliam os candidatos; uma segunda fase diz respeito ao ajustamento entre crianças e candidatos com o objetivo de aferir as necessidades das crianças e as competências dos candidatos, organização do período de transição e acompanhamento do período de pré-adoção; por último, existe uma fase final com vista à tramitação judicial do processo de adoção e prolação de sentença judicial que decreta a constituição do vínculo de filiação.

¹¹⁵ Para um desenvolvimento do direito da filiação, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de direito da família, vol. II.

¹¹⁶ Lei 143/2015 de 08 de Setembro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>

De frisar que o consentimento para adoção dado pela mãe só pode ser concedido decorridas seis semanas após o parto, nos termos do art.1982, nº3 CC.

2. O nascimento de um contrato - A lei 25/2016, de 22 de agosto

2.1. Iniciativas legislativas

O longo caminho percorrido no sentido da legalização da maternidade de substituição iniciou-se em 2012. Neste ano, foram apresentadas à AR, pelo BE (122/XII e 127/XII), PS (131/XII e 137/XII), e PSD (138/XII), propostas de lei que visavam a legalização desta técnica de PMA. Dando continuidade a este processo, foram pedidos pareceres ao CSM, à OA, ao CNPMA, ao CSMP e ao CNECV¹¹⁷.

O parecer do CSMP alertava para a falta de regulamentação em questões importantes, como o arrependimento das partes, na vertente positiva no que diz respeito à gestante, se esta reclamar para si a criança, e na vertente negativa, caso qualquer uma das partes pretenda recorrer a uma interrupção voluntária da gravidez; e o estabelecimento da filiação em caso de desistência do projeto parental por parte dos pais legais. Estas questões deveriam ser “dirimidas e enfrentadas pelo legislador”. Acrescenta que a falta de regulamentação “pode suscitar problemas de expectativas jurídicas, o que pelo menos indiretamente aumenta o potencial litigioso, nomeadamente no plano da responsabilidade civil do Estado, por omissão dos poderes públicos”.

O CSMP sugere o estabelecimento de um “regime injuntivo, destituído de liberdade de estipulação, ou seja, eliminando qualquer poder dispositivo quanto aos direitos e deveres das partes, à semelhança da generalidade dos negócios de âmbito pessoal no direito da família”.

O parecer da OA reprova o facto de os projetos de lei do BE (nº122/XII), PS (nº132/XII) e PSD (nº138/XII), admitirem que o CNPMA possa decidir casuisticamente quais os beneficiários que podem recorrer à PMA, quando se encontrem em “situações clínicas que o justifiquem”, fundamentando a sua posição nos princípios constitucionais de igualdade dos cidadãos perante a lei e do estado de direito democrático, demitindo-se o Estado da sua tarefa legiferante. Conclui pela não admissibilidade da maternidade de substituição, “por este processo se servir de uma mãe uterina, como instrumento de

¹¹⁷ <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36663>

gestação de uma criança, que ela própria, através de um negócio jurídico, alegada e supostamente gratuito, se obrigou a não assumir como respetivo filho, o que a instrumentaliza como mulher e mãe de aluguer, e instrumentaliza a própria criança, cuja gestação resultou do contributo negocial de alguém que não a quis ter como seu filho, e, por isso, fere e viola, quer a dignidade da pessoa humana da mãe de substituição, quer da criança dela nascida”.

O parecer do CNPMA versa sobre os projetos do PS (nº131/XII) e do PSD (138/XII) e não coloca obstáculos à legalização da maternidade de substituição, nas situações em que há ausência de útero na parceira feminina de um casal e defendem que “não se afigura justo nem eticamente fundamentado, sendo antes injusto e desproporcionado, barrar a possibilidade de ter filhos a pessoas impossibilitadas de procriar em situações medicamente verificadas e justificadas, quando as mesmas em nada contribuíram para a situação em que se encontram”.

A posição do CSM, respeitando o princípio da separação de poderes, abstém-se de qualquer pronúncia sobre questões de natureza política, mas, numa perspetiva de cooperação institucional, dá conta de uma miríade de questões que carecem de resolução e aponta como tarefa primordial do legislador a compatibilização dos interesses em causa, os da mãe gestante, os dos beneficiários e os da criança nascida com recurso a esta técnica. Constatando que o negócio jurídico deverá ser tratado com recurso às regras do direito das obrigações, alerta que tal “técnica poderá compaginar-se mal com os dilemas próprios de uma ambiência familiar onde se lida com a intimidade de pessoas concretas”.

Pondo em relevo o “superior interesse da criança”, sugere que se pondere a possibilidade de consagração na lei de uma norma que exija a consideração do interesse da criança, ainda que o negócio subjacente esteja ferido de nulidade, em conformidade com o disposto no art.3 da Convenção sobre os direitos da criança, que, como é sabido, vincula Portugal.

O CNECV também foi instado a pronunciar-se.

No parecer nº63/CVECV/2012, é aceite a maternidade de substituição desde que se observem os treze requisitos cumulativos elencados no parecer, onde se destacam o consentimento informado, esclarecido e por escrito, dos intervenientes, a possibilidade de revogação do consentimento pela gestante até ao início do parto, caso em que a filiação seria estabelecida a favor da gestante, o direito da criança a conhecer a forma

em que foi gerada, a ligação genética a pelo menos um dos membros do casal e a não ligação genética à gestante.

O processo legislativo prosseguiu apenas sobre os projetos do PS (131/XII) e do PSD (138/XII), mas ficou em banho-maria até ao ano de 2016. Neste ano, foi apresentado o projeto de lei do BE, no sentido de levantar a proibição da maternidade de substituição no ordenamento jurídico português. De novo, o CNECV se pronunciou, através do parecer 87/CNECV/2016, e manifestou preocupação pela não observância das condições anteriormente impostas por este conselho para a aceitação desta técnica de reprodução, nomeadamente a não salvaguarda dos direitos da gestante e da criança¹¹⁸. Superado o veto presidencial, fundamentado pela não observância das recomendações do CNECV, todo este processo acabou por se materializar na Lei 25/2016, de 22 de agosto, que regulava o acesso à gestação de substituição e procedia à terceira alteração à Lei 32/2006, de 26 de julho. A Lei era regulamentada pelo Dec. Regulamentar nº6/2017 de 31 de julho¹¹⁹.

Espreitando o panorama internacional, vale a pena frisar que, em 2015, o Parlamento Europeu, na sua resolução de 17 de dezembro sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014), “115. Condena a prática da gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizadas como mercadoria; considera que a prática da gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos¹²⁰”.

A ONU também pede regulamentação urgente para prevenir a venda de crianças, que é o que acontece em muitos países em que esta prática é legal. Referindo-se a uma indústria crescente, a preocupação com os direitos humanos é evidente¹²¹.

¹¹⁸ Disponível em <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=&y=2016&o=DESC>

¹¹⁹ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_miolo=

¹²⁰ Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//PT>

¹²¹ Notícia em <https://observador.pt/2018/03/06/onu-pede-regulacao-urgente-da-gestacao-de-substituicao-para-evitar-venda-de-criancas/>

2.2. Análise do regime jurídico da gestação de substituição constante da Lei 32/2006 de 26 de julho, com redação dada pela Lei 26/2016 de 22 de agosto¹²², antes da declaração de inconstitucionalidade de algumas das suas normas.

Atendendo à sugestão contida no parecer 63/CNECV/2012, a expressão “maternidade de substituição” passou a designar-se “gestação de substituição, para melhor espelhar a realidade permitida pela lei, que veda a utilização de gâmetas da gestante no processo em que é participante, traduzindo-se o seu contributo simplesmente no processo de gestação.

Por gestação de substituição entende-se “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” (art.8, nº1).

No âmbito subjetivo da lei, cabem os casais heterossexuais e todas as mulheres, independentemente de diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil e da sua orientação sexual. A beneficiária feminina inserida num casal heterossexual ou homossexual, ou singular, deve ser incapaz de suportar uma gravidez por ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça uma gravidez ou em situações clínicas que o justifiquem (art.4, nº3, art.6, nº1, e art.8, nº2). De fora do âmbito da lei ficam os homens quando não inseridos numa relação heterossexual. Esta alteração foi operada pela lei 17/2016 de 20 de julho, que alargou o âmbito dos beneficiários da PMA. Todos os beneficiários têm de ter pelo menos 18 anos de idade (art.6, nº2).

A gestação de substituição só é lícita quando tenha natureza gratuita e a título excecional, nos casos já referidos. A criança nascida com recurso a esta técnica tem de ter necessariamente gâmetas de um dos beneficiários ou da beneficiária quando se trate de uma mulher singular, e é proibida a utilização de material genético da gestante (art.8, nº2 e 3).

A celebração do contrato carece de autorização do CNPMA, que supervisiona todo o processo e decide “had hoc” quais as situações clínicas que justificam o acesso a este método (art.8, nº2 e 4). Esta autorização é antecedida de audição da Ordem dos Médicos, que não é vinculativa (art.2/6 do dc. Regulamentar nº6/2017, de 31 de julho).

¹²² Os artigos citados são todos da Lei 32/2006, de 26 de Julho, com a redacção dada pela lei 25/2016 de 22 Agosto.

A preocupação do legislador com a natureza gratuita levou-o a proibir expressamente qualquer tipo de pagamento à gestante, com exceção das despesas efetuadas com a gravidez (art.8, nº5). Também o consentimento se pretende livre e esclarecido, por isso é proibida expressamente a celebração de contratos de gestação quando houver uma relação jurídica de subordinação económica entre as partes (art.8, nº6). O contrato deve ser escrito (art.8,nº10), dele devendo constar as disposições a observar em caso de malformações fetais e interrupção voluntária da gravidez (art.8/10), não podendo os pais contratantes “impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade” (art.8,nº11). O consentimento deve ser dado de forma expressa e também por escrito (art,nº8, nº8 e 14, nº1). A informação pré-contratual relativa aos benefícios e riscos resultantes do uso das técnicas de PMA, e as suas implicações éticas e jurídicas, deve constar de documento escrito e aprovado pelo CNPMA (art.14, nº2). A gestante e os beneficiários devem ser informados da influência daquela no processo de desenvolvimento embrionário e fetal (art.14, nº6). O consentimento dos beneficiários é livremente revogável até ao início do processo terapêutico (art.14, nº4). A lei comina com a nulidade todos os contratos de gestação que não respeitem os requisitos legais (art.8, nº12).

A criança concebida com recurso a esta técnica é, segundo o art.8, nº7, filha dos beneficiários.

A lei consagra, para a gestação de substituição, o regime do anonimato do dador com exceções, impondo o sigilo sobre a identidade da gestante e do próprio processo de PMA (art.15).

As críticas à lei não se fizeram esperar.

A doutrina aponta o dedo à falta de regulamentação em questões fundamentais, como o arrependimento das partes, o estabelecimento da filiação em caso de nulidade contratual, ou o regime de responsabilidade civil decorrente de um eventual incumprimento. Apesar de ser um contrato, e de se convocar necessariamente o direito das obrigações, o facto de tocar em questões particularmente sensíveis, como são as que pertencem ao direito da família e ao estado das pessoas, reclama uma tomada de posição pelo legislador através de comandos normativos imperativos, por forma a melhor salvaguardar os interesses das partes nestas matérias de especial importância, à semelhança do que tem feito no direito da família.

A ausência de uma referência ao superior interesse da criança é mais uma falha da lei na regulamentação do contrato de gestação. Analisam-se de seguida os principais problemas que poderiam surgir.

2.2.1. Âmbito subjetivo de aplicação

Para Maria Raquel Guimarães, este é um “contrato de mulheres¹²³”, visto os homens só poderem ser beneficiários caso estejam inseridos numa relação heterossexual. A lei permite que todas as mulheres, independentemente de diagnóstico de infertilidade, quer sejam casadas com pessoas do mesmo sexo, de sexo diferente, quer vivam em união de facto ou sozinhas, possam adquirir a posição de beneficiários (art.4, nº3 e art.6, nº1). A permissão dada para que todas as mulheres só acedam à gestação de substituição, resultou da alteração legislativa provocada pela lei 17/2016, de 20 de julho¹²⁴.

No caso de acesso de uma mulher só à gestação de substituição, a lei estabelece, no art.20, nº3, que no assento de nascimento da criança assim concebida constará apenas a maternidade estabelecida em relação à beneficiária, “sem necessidade de ulterior processo oficioso de investigação”. Ora, desde 1966 que existe o instituto de averiguação oficiosa da paternidade (art.1863 CC), precisamente com o objetivo de eliminar os casos de paternidade incógnita¹²⁵. Como sublinha André Dias Pereira, “verificou-se uma mudança no domínio dos valores dominantes no âmbito da filiação - os valores da segurança jurídica dos pretensos pais, o interesse em estabilizar a família conjugal, o interesse da proteção do (eventual) réu contra pretensões tardias-denominadas caças à fortuna- diminuem na razão inversa à afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na vertente de salvaguarda da sua autonomia e do direito ao conhecimento das origens genéticas¹²⁶”. Existe um interesse público, para além do interesse do menor, de que todos os cidadãos tenham os seus laços de filiação estabelecidos. Verifica-se assim um retrocesso no caminho anteriormente traçado, que

¹²³ Maria Raquel Guimarães, Subitamente no verão passado: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida” Porto e FDUP, Março, 2017.

¹²⁴ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2570&tabela=leis&so_miolo=

¹²⁵ André Gonçalo Dias Pereira, Filhos de pai incógnito no século XXI, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida” Porto e FDUP, Março, 2017.

¹²⁶ Idem.

visava acautelar ao máximo os direitos das crianças, beneficiando estas do estabelecimento da filiação em relação aos dois progenitores. Esta norma conduz necessariamente ao surgimento intencional do que antes se queria evitar, crianças cujo registo de nascimento não faz menção à paternidade. Pior, as crianças nascidas com recurso à PMA, ao contrário das outras, concebidas por meios naturais, para além de não beneficiarem da ação de averiguação oficiosa de paternidade, “não têm nem poderão ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos)”¹²⁷.

E mesmo que proponham ação de investigação de paternidade (art.1869 CC), o estabelecimento desta é-lhe vedado pelos art.10, nº2 e 21 da Lei da PMA.

2.2.2.Natureza gratuita

Com o objetivo de evitar a exploração do corpo feminino bem como qualquer mercantilização do corpo humano, o legislador consagrou a natureza gratuita do contrato de gestação, e proibiu expressamente qualquer tipo de pagamento ou doação à gestante, com exceção das despesas inerentes à gravidez (art.8, nº2 e nº5), incorrendo os beneficiários e a gestante em responsabilidade criminal em caso de violação da lei, sendo a tentativa também punível (art.39), para além do contrato ser considerado nulo (art.8, nº12). Contudo, Vera Lúcia Raposo observa que, mesmo nos países onde são lícitos estes contratos com natureza gratuita, acabam os tribunais por admitir compensações, como no caso do Reino Unido, onde estas chegam a ultrapassar o valor dos hipotéticos incómodos, acabando os tribunais por corroborar a ideia de que o contrário seria injusto¹²⁸.

Margarida Silva Pereira considera a gratuidade um mito, visto a imperatividade da lei não ser sinónimo de altruísmo, e nada impedir que posteriormente ao parto ou mesmo antes, não exista um acordo no sentido de a gestante beneficiar de contrapartidas materiais, pessoais ou profissionais¹²⁹.

O contrato, a existir, deve ser gratuito. Mas a realidade é com toda a certeza outra, poucas serão as mulheres que se sujeitarão a suportar uma gravidez em nome de

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Vera Lúcia Raposo, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), Revista do Ministério Público, 149, Janeiro: Março, 2017.

¹²⁹ Maria Margarida Silva Pereira, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição, revista Julgar online, Janeiro 2017, em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>

outrem, sem um benefício patrimonial ou de outra natureza. A natureza gratuita não passa de um mero desejo (nobre) do legislador.

2.2.3. O consentimento dos intervenientes

O consentimento dos intervenientes deve ser livre, esclarecido e prestado por escrito perante o médico responsável (art.14, nº1) e é livremente revogável até ao início do procedimento terapêutico (14, nº4 e nº5).

O momento temporal que em concreto deve ser tido em conta para a revogação é o momento da transferência uterina do embrião¹³⁰. Até este momento, a desistência é livre e só pode ter como possível consequência o reembolso de despesas efetuadas pela contraparte.

A desistência, ou o arrependimento, é a questão mais debatida e o maior entrave à aceitação destes contratos. É usual falar de arrependimento da gestante após o parto, recusando entregar a criança, mas a mudança de ideias pode ocorrer durante a gravidez, levando, por exemplo, a gestante a fugir com a criança ainda no ventre. Podem os pais legais também mudar de ideias e pedir à gestante para abortar ou recusar a criança após o nascimento.

A interrupção voluntária da gravidez é uma das questões que tem de ser obrigatoriamente regulada pelas partes no contrato (art.8, nº10). No entanto, ela não pode ser impedida pelos beneficiários, nem imposta por eles, durante o período legal permitido (art.142 CP), como já defendido supra.

Após o nascimento da criança, podem os pais legais recusá-la?

Penso que não. Segundo o art.8, nº7, os beneficiários são os pais; apenas a podem entregar para adoção, visto os filhos, para seu bem, não poderem ser impostos aos pais. Não é possível obrigar alguém a desejar e amar uma criança ou qualquer ser humano.

Quanto ao arrependimento da gestante, após o nascimento da criança, que é o caso mais frequente, a lei apenas considera os comitentes como pais. Contudo, segundo o regime do CC (art.1796), a gestante é a mãe, apesar de o material genético não lhe pertencer, e “é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante quanto frustrar as

¹³⁰ Vera Lúcia Raposo, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), Revista do Ministério Público, 149, Janeiro:Março, 2017.

expectativas do casal beneficiário¹³¹”. Deve haver lugar à execução específica do contrato? O legislador não responde.

2.2.4. Cláusulas de estilo de vida

Os beneficiários não podem impor quaisquer restrições de comportamento à gestante, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (art.8, nº11)

Isto significa que os comitentes não podem sequer impor que a gestante compareça nas consultas médicas, realize exames relativos à gravidez, deixe de fumar ou consumir álcool. Só poderão agir contra a gestante após o nascimento da criança, caso esta apresente problemas de saúde imputáveis ao comportamento da gestante, mas, neste caso, o mal está feito, e só poderão pedir uma indemnização pelos danos causados (responsabilidade extracontratual). Seria importante que algumas cláusulas fossem permitidas, desde que não abusivas, para melhor delimitar os direitos e deveres das partes, e permitir apurar responsabilidades em caso de incumprimento contratual¹³². Estas cláusulas estariam perfeitamente justificadas em nome do saudável desenvolvimento da criança.

2.2.5. A nulidade contratual

“São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto no número anterior”- art.8, nº12.

Este artigo é particularmente problemático, visto cominar com a nulidade os contratos que sejam concretizados tendo como contrapartida um pagamento (que é o caso mais frequente); cuja beneficiária não se encontre acometida com um problema de saúde que a impeça de engravidar; se a gestante contribuir com o seu material genético; sem autorização do CNPMA; quando exista subordinação económica entre a gestante e os beneficiários; se o consentimento não for livre e por escrito; se o contrato não observar igualmente a forma escrita; se não contiver as cláusulas consideradas

¹³¹ Rafael Vale e Reis, O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal, em <https://observador.pt/opiniaao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>

¹³² Vera Lúcia Raposo, A parte gestante está proibida de pintar as unhas, direito contratual e contratos de gestação, Actas do Seminário Internacional “ Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, Março, 2017.

obrigatórias por lei, ou seja, disposições a observar em caso de malformações ou doenças fetais e em caso de IVG, ou se impuser comportamentos à gestante.

Em caso de nulidade, o contrato não produz efeitos, mas a criança já terá nascido ou estará concebida e esse efeito de facto não pode ser ignorado. Como é estabelecida a filiação da criança, sendo que, com já vimos, a lei atribui a filiação aos beneficiários?

Deve atribuir-se o efeito pretendido a um contrato nulo? Estabelece-se a filiação em relação aos pais legais em nome do superior interesse da criança? O legislador permaneceu em silêncio.

Não podemos esquecer o caso *Menesson and Labassee v. France*, no qual França foi condenada, pelo TEDH, a registar a criança como filha do casal beneficiário, que tinha recorrido à gestação de substituição, sendo esta proibida no país de origem (França), pois considerou ser este o melhor interesse da criança. Por sua vez, o mesmo tribunal, no caso *Paradiso e Campanelli v. Italy*, numa situação idêntica, não condenou a Itália dado não haver ligação genética da criança com nenhum membro do casal¹³³.

Considerando que, apesar de o contrato ser nulo, a criança é considerada como filha dos beneficiários, esta terá os pais condenados a penas de prisão ou multa, por concretizarem o seu nascimento (art.39).

2.2.6. Âmbito espacial da lei

Não há referência na lei sobre qualquer exigência sobre a nacionalidade ou a residência dos beneficiários ou da gestante, pelo que o nosso país passa a ser um dos países potenciadores do chamado “turismo reprodutivo” e também não impede que nacionais continuem em busca do melhor país para “encomendar” uma criança. Este fenómeno caracteriza-se pela movimentação de pessoas que procuram o melhor ordenamento para levar a cabo um contrato de gestação, quando ele é proibido no seu país de origem, ou se é permitido mas não cumprem com os requisitos impostos pela lei. Estes contratos de gestação plurilocalizados convocam o direito internacional privado do país de origem quando a ele regressam e pretendem ver o seu vínculo de filiação aí reconhecido, suscitando, na grande maioria das vezes, problemas graves, invocando o Estado do foro, violação da ordem pública e recusando o reconhecimento da filiação,

¹³³ André Gonçalo Dias Pereira, Filho de pai anónimo no século XII, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Março, 2017, nota nº25.

ficando a criança sem pais legais quando atravessa a fronteira. Por outro lado, nos países em que esta técnica é permitida, as mulheres mais pobres são as mais exploradas, visto ser mais fácil alguém carente economicamente gerar um filho para outrem. Temos como exemplo a Índia, “onde existem autênticos viveiros humanos destinados à finalidade - gerar crianças em benefício de terceiros”¹³⁴.

Contudo, neste país, assim como no Nepal, Tailândia e México, países típicos de “turismo reprodutivo”, verifica-se uma inversão de paradigma com o apertar de pressupostos para aceder a esta técnica.

Na Índia, desde 4 de novembro de 2015, já não é legal o acesso de cidadãos estrangeiros à gestação de substituição. No Nepal, desde 2015 que a gestação de substituição é ilegal neste país. Na Tailândia, em fevereiro de 2016, foi aprovada a lei de proteção de crianças nascidas com recurso a PMA, que proíbe o recurso a estas técnicas a estrangeiros, apesar de continuar a ser legal para os nacionais. É proibida a vertente onerosa sancionada com penas de prisão e pecuniárias, e só é permitida para casais heterossexuais. No México, desde 2016, só é permitida a modalidade altruísta para os nacionais e sob estrita indicação médica¹³⁵.

3. Tribunal Constitucional trava a lei da gestação de substituição - Acórdão 225/2018, de 7 de maio

Ao abrigo do art.281, nº1, alínea a) e nº2, alínea f), da CRP (pedido de fiscalização abstracta sucessiva), um grupo de trinta deputados veio requerer à AR a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das seguintes normas da LPMA:

- Artigo 8, por violação do princípio da dignidade humana (art1 e do art.67, nº2, alínea e) da CRP), do dever do Estado de proteção à infância (art.69, nº1CRP), do princípio da igualdade (art.13 CRP) e do princípio da proporcionalidade (art.18, nº2 CRP). Consequentemente, requerem a declaração de inconstitucionalidade das normas relacionadas com a gestação de substituição (art.2, nº2, art.3, nº1, art.5,nº1, art.14, nº5 e nº6, art.15, nº1 e nº5, art.16, nº1, art.30, alínea p), art.34, art.39,e art.44, nº1, alínea b);

¹³⁴ Maria Margarida Silva Pereira, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição, revista Julgar online, 2017, em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>

¹³⁵ Sílvia Vilar González, Gestación por sustitución en España, Tesis Doctoral, Castellón de la Plana, 2017.

- Artigo 15, nº1 e nº4 em conjugação com os art.10, nº1 e nº2, e 19, nº1, por violação do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art.26, nº1 e nº3 CRP), do princípio da dignidade humana (art.1 e 67, nº2, alínea e) CRP), do princípio da igualdade (art.13 CRP) e da proporcionalidade (art.18, nº2 CRP);

-Artigo 20, nº3, por violação do direito à identidade pessoal, do desenvolvimento da personalidade e da identidade genética (art.26, nº1 e nº3 CRP), do princípio da dignidade (art.1 e 67, nº2 CRP), do princípio da igualdade (art.13 CRP) e da proporcionalidade (art.18, nº2 CRP).

Após uma extensa e exaustiva fundamentação, os juízes do Palácio Ratton apreciaram o pedido e decidiram declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art.8, nº4, nº10 e nº11 e, conseqüentemente, do nº2 e nº3 do mesmo artigo, por admitirem contratos de gestação de substituição, de forma excepcional, mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático e da reserva de lei parlamentar, como decorre dos artigos 2º, 18º, nº2 e 165º, nº1, alínea b) da CRP. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art.8, nº7 e nº8, e do art.14, nº5 por não admitir a revogação do consentimento da gestante até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade humana e do direito a constituir família, considerando-se uma restrição excessiva a estes direitos, conforme decorre do artigo 18, nº2 CRP. Declara inconstitucional o art.8, nº12, por violação do direito à identidade pessoal da criança, previsto no art.26, nº1 CRP, do princípio da segurança jurídica decorrente do Estado de direito democrático, mencionado no art.2 da CRP e o dever do Estado de proteção à infância previsto no art.69 CRP.

Por fim, declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 15, nº1 e 4, onde se estabelece o regime do anonimato do dador, por violação do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade.

O tribunal entendeu salvar os contratos de gestação em execução, de forma que a declaração de inconstitucionalidade não os atinga, de acordo com o art.282, nº4 da CRP¹³⁶.

¹³⁶ Acórdão disponível em <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/115226940/details/maximized?serie=I&day=2018-05-07&date=2018-05-01>

Está iniciado o caminho para a legalização da contratualização da gestão humana em Portugal.

Conclusão

A celeridade dos avanços técnico-científicos transformaram a sociedade e o mundo, apontando soluções para problemas graves que comprometem a saúde física e psíquica das pessoas, tornando-as reféns dos caprichos imperiosos da natureza.

Cabe ao direito regular as novas possibilidades permitidas pela ciência, permitindo ou proibindo determinados comportamentos e tentando, muitas vezes, operar a concordância prática dos vários valores em causa para bem dos destinatários.

A maternidade de substituição, termo pelo qual é mais conhecida entre nós, veio abrir a possibilidade de ter filhos a quem não os pode gerar. Esta técnica de procriação medicamente assistida (hoje é desta forma que é praticada) distingue-se das demais pelo facto de se usar o corpo de uma pessoa (necessariamente uma mulher) para gerar uma criança que esta vai entregar a outra, após o parto, abdicando do seu estatuto de mãe.

Como observa Maria Margarida Silva Pereira, recordando a génese histórica da prática, “a maternidade de substituição começou por ser a filigrana da escravatura feminina - a escrava podia gerar os filhos da mulher infértil e estes eram tidos como filhos do casal porque ela, a mãe biológica, não era um ser humano, mas um objeto, no caso, um objeto reprodutivo; e ambas, ama e escrava, não passavam de pessoas humilhadas na sua condição feminina”¹³⁷.

A CRP, no art.67, n.º2, alínea e), dá um comando normativo ao Estado para regular a procriação assistida, impondo como limite o respeito pela dignidade humana.

A dignidade humana impõe que o homem seja considerado um fim em si mesmo, afastando qualquer instrumentalização, impedindo que este não seja usado como objeto para atingir fins alheios.

É o que se verifica na maternidade de substituição onerosa. A mulher é instrumentalizada, o seu corpo é usado para gerar um filho para outrem.

Na modalidade gratuita, teoricamente, não há instrumentalização do corpo humano, visto a mulher, movida por um espírito altruísta, se disponibilizar a ajudar quem não pode concretizar o sonho de ter um filho. A própria pessoa não se considera “coisificada”, devendo atender-se à intenção social subjacente.

¹³⁷ Maria Margarida Silva Pereira, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição, revista julgar online, disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/m>

Contudo, é impossível assegurar a real motivação da gestante, que, com certeza, na maior parte das vezes serão as vantagens económicas, profissionais ou outras que a determinam a ser parte num contrato de gestação, potenciando desta forma o comércio do corpo humano e a exploração das mulheres pobres ou mais carenciadas. Gerou-se, como é sabido, um negócio em torno desta figura jurídica onde proliferam as agências comerciais fazendo a ponte entre as partes. Basta um clique no motor de busca da internet para se descobrir qual o sítio onde ir buscar um bebé à medida dos sonhos de que o deseja!

Na vertente altruísta, será no seio familiar que ocorrerão a maior parte dos contratos e não podemos ignorar que surgirão pressões psicológicas e emocionais sobre a futura gestante que comprometem a liberdade do seu consentimento.

É também impossível prever o desenrolar de uma gravidez com todas as transformações físicas e psicológicas a que a grávida está sujeita. O consentimento antes prestado pode não ser atual durante a gravidez e depois do parto e seria uma violência intolerável arrancar a criança dos braços de quem lhe deu a vida, numa clara violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante. Pode a gestante ou os comitentes pretenderem o aborto dentro do quadro legal permitido e, no pior dos cenários, pode haver rejeição da criança por todos.

Por outro lado, não é possível ficar indiferente à dor sentida por quem deseja ser pai ou mãe e tem de viver com o drama da infertilidade ou com doenças que impossibilitam uma gravidez, sendo esta a sua última esperança.

O direito a procriar, em nome do qual se justifica a maternidade de substituição, implica a reprodução, ou seja, a conceção de um filho geneticamente ligado com os progenitores, o que não acontece com a reprodução heteróloga. Assim sendo, não consigo identificar uma diferença em relação à adoção. Neste caso, nem sequer é a realização de um direito juridicamente tutelado que está em causa.

Quanto à criança assim concebida, esta é a mais carente de proteção, como é óbvio.

Por causa de um desejo dos adultos, esta criança pode ter até cinco progenitores. Apesar de não existirem estudos que comprovem os malefícios para as crianças derivados das circunstâncias da sua conceção, não quer dizer que eles não existam. A começar pelo corte de relacionamento da criança com a gestante (mais tarde ou mais cedo), quando já se sabe da influência e importância desta em todo o seu desenvolvimento quer uterino, quer após o nascimento, com prejuízo para a criança.

A isto acresce o enorme risco de tráfico de crianças, já para não falar no flagelo do “turismo reprodutivo”, com prejuízo para a mulher que é explorada e para a criança que vê a sua situação jurídica alterada, consoante o país de origem dos pais legais, reconheça ou não o vínculo de filiação, podendo até, no limite, ser retirada a estes e ser entregue para adoção.

Pelos perigos que encerra, e que a realidade demonstra provados, considero um retrocesso civilizacional a legalização da maternidade de substituição, seja onerosa ou gratuita.

O antigo brocardo latino “*mater semper certa est*” deve manter-se atual.

Bibliografia

Antunes, Maria João, Procriação Medicamente Assistida, questões novas ou renovadas para o Direito Penal ?, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. III, 2010

Blyth, Eric and Potter, Claire, Payng for it? Market forces and assisted Conception in Rachel Sclater Cook and Shelley Day, Surrogate Motherhood: international perspectives, Oxford, Hart Publishing,2003

Cabo, Ana Isabel, Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa, Boletim da OA, nº88, 2012

Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003

Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa, 8ª Edição revista, Coimbra Editora, 2011

Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª Edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014

Carta das Nações Unidas, disponível em www.vfxira.pt

Carta dos Direito Fundamentais da União Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>

Código Civil, 2ª Edição, Almedina, 2012

Código Penal, 3ª Edição, Almedina, 2013

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme, Curso de direito da família, vol. I, Coimbra, 2008

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme, Curso de direito da família, vol. II

Conferência de Haia sobre o Direito Privado, The parentage/surrogacy project: un updating note, disponível em www.hcch.net/pt

Convenção dos Direitos da Criança e o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, disponível em www.unicef.pt

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em www.echr.coe.int

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, disponível em www.pgdlisboa.pt

Declaração dos Direitos da Criança, disponível em www.dge.mec.pt

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em www.priberam.pt
Duarte, Tiago, In Vitro Veritas ?, A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei, Almedina, 2003

González, Silvia Vilar, Gestación por sustitución en España, Tesis Doctoral, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017

Guimarães, Maria Isabel, Subitamente no Verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento, Actas do Seminário Internacional” Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada

Lei 32/2006, de 22 de Agosto, disponível em www.pgdlisboa.pt

Lei 103/2009, de 11 de Setembro, Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil, disponível em www.pgdlisboa.pt

Lei 141/ 2015, de 08 de Setembro, Regime Jurídico do Processo Tutelar Cível, disponível em www.pgdlisboa.pt

Lei 143/2015, Regime Jurídico do Processo de Adoção, disponível em www.pgdlisboa.pt

Lei 17/2016, de 20 de Julho, disponível em www.pgdlisboa.pt

Lima, Catarina e Costa, Marta, A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade, em www.repositorio.ulusiada.pt

Loureiro, João Carlos, Os genes do nosso (des)contentamento, Boletim da FDUC, nº77, 2001

Loureiro, João Carlos, Há mais vida para além da letra: a questão das chamadas homoparentalidades e a (re)leitura da lei da lei da procriação medicamente assistida, Revista Portuguesa de Bioética, nº11, Julho, 2010

Loureiro, João Carlos, O nosso pai é o dador xxx e a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga, in Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 7, 2010

Loureiro, João Carlos, Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação- tópicos para um roteiro em torno da maternidade de substituição, in direito penal: fundamentos dogmáticos e político criminais-homenagem ao Prof. Doutor Peter Hunerfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

Mac Croire, Benedita, O princípio da dignidade humana e a procriação medicamente assistida, em Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017

Marques, Mário Reis, Introdução ao Direito, vol. I, 2007

Meireles, Ana Thereza, Práticas neoeugênicas e limites aos direitos reprodutivos em face da proteção do património genético, Revista do curso de direito da UNIFACS, 2014

Miranda, Felipe Arady, O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, disponível em www.cidp.pt

Notícia “ um juez británico entrega la niña de “madre alquilada” a la pareja que la encarga” disponível em elpais.com/diario/1985

Novais, Jorge Reis, A dignidade da pessoa humana, vol. II, Almedina, 2016

Oliveira, Guilherme de, Mãe há só uma/duas (contrato de gestação), Coimbra, Coimbra Editora, 2012

Parecer do CNECV, nº 63, de 2012, disponível em www.parlamento.pt

Parecer do CNECV, nº87, de 2016, disponível em www.cnecv.pt

Parecer do CNPMA, de 2012, disponível em www.parlamento.pt

Parecer da OA, de 2012, disponível em www.parlamento.pt

Parecer do CSM, de 2012, disponível em www.parlamento.pt

Parecer do CSMP, de 2012, disponível em [www.prlamento .pt](http://www.prlamento.pt)

Pedro, Rute Teixeira, Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida, Actas do Seminário Internacional “ Debatendo a procriação medicamente assistida” Porto e FDUP, 2017

Pereira, André Gonçalo Dias, Filhos de pai incógnito no século XII, Actas do Seminário Internacional” Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017

Pereira, Fernando Araújo, A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida, Coimbra, 1999

Pereira, Maria Margarida Silva, Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição, Revista Julgar online, Janeiro, 2017, disponível em <http://julgar.pt>

Pinto, Carlos Alberto Mota, Teoria geral do direito civil, 4ª edição, 2005

Queiroz, Victor Santos, A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant, em <http://jus.com.br>

Ragoné, Helena, The gift of life: Surrogate motherhood, gamete donation and construction of altruism, in Surrogate motherhood, Rachel Sclater and Shelley Day-international perspectives, Oxford, 2003

Raposo, Vera Lúcia, De mãe para mãe,- questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

Raposo, Vera Lúcia, Quando a cegonha chega por contrato, Boletim da OA, nº88, 2012

Raposo, Vera Lúcia, O direito à imortalidade, Almedina, 2014

Raposo, Vera Lúcia, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), Revista do Ministério Público,149, Janeiro:Março, 2017

Raposo, Vera Lúcia, A parte gestante está proibida de pintar as unhas, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017

Rebola, João Miguel, A maternidade de substituição, em especial a criminalização do contrato oneroso. Dissertação do 2ºciclo de estudos em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico- Forenses, apresentada à FDUC, 2013

Reis, Rafael Vale e, O direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Reis, Rafael Vale e, Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida e criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas, Lex Medicinæ, Revista de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, ano 7, nº13, 2010

Reis, Rafael Vale e, O difícil caminho da gestação de substituição, disponível em www.oobservador.pt

Resolução do Parlamento Europeu sobre o relatório anual sobre os direitos humanos e a democracia no mundo, de 17 de Dezembro de 2015, disponível em www.europarl.europa.eu

Serrão, Daniel, A dignidade humana no mundo pós-moderno, Revista Portuguesa de Bioética, nº11, Julho, 2010

Silva, Miguel Oliveira, Relatório nº 63/CNECV/2012 sobre procriação medicamente assistida, disponível em www.cneqv.pt/pareceres

Sousa, Rabindranath Capelo de, Teoria Geral do Direito Civil, vol. I

Sousa, Rabindranath Capelo de, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, 1995

Stanzione, Maria Gabriella, Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada, Actas do Seminário Internacional “Debatendo a procriação medicamente assistida”, Porto e FDUP, 2017

Stilwell, Isabel, Sim ou não à maternidade de substituição, 2015, disponível em www.isabelstiwell.com

Vicente, Dário Moura, Maternidade de substituição e reconhecimento internacional, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

Wilkinson, Stephen, Bodies for sale, ethics and exploitation of the human bodie trade, London, Routledge, 2003

www.direitoshumanos.gddc.pt

Jurisprudência

Acórdão 101/2009, de 01 de Abril, do Tribunal Constitucional, disponível em www.cnpma.org.pt

Acórdão 225/2018, de 07 de Maio, do Tribunal Constitucional, disponível em www.dre.pt