



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Ana Rute Ferreira Duarte

**PROcriação Medicamente Assistida e  
Gestação de Substituição**  
EM ESPECIAL, OS DESAFIOS TRAZIDOS PELAS ALTERAÇÕES  
À LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses,  
orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2019



**Ana Rute Ferreira Duarte**

**PROcriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição  
EM ESPECIAL, OS DESAFIOS TRAZIDOS PELAS ALTERAÇÕES À LEI N.º 32/2006,  
DE 26 DE JULHO**

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

**Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho**

Coimbra, 2019

*Aos meus Pais, Avós e Irmão, sem os quais nada seria possível,  
Ao João, por tudo aquilo que me dá... principalmente a infinita paciência,  
Aos meus grandes Amigos, que não precisam de ser todos elencados porque sabem que  
os trago sempre no coração,  
Às minhas Minervas, porque são a família que escolhi,  
Ao Prof. Doutor Francisco Manuel B. Pereira Coelho, pela exímia orientação, mas  
sobretudo pelo extraordinário incentivo nos momentos de incerteza,  
A Coimbra, que é Casa, dos Amores e da Saudade.*

## **RESUMO**

Esta dissertação centra-se na análise da evolução da Procriação Medicamente Assistida no ordenamento jurídico português; nomeadamente quais são as várias técnicas que admitimos e quem (e em que condições) lhes pode aceder no nosso país; fornece-se também uma contextualização histórica/cronológica, relativa à progressiva adaptação da sociedade portuguesa no que concerne às várias questões que a Procriação Medicamente Assistida coloca – para dar um dos maiores exemplos, a mudança de paradigma a que se assistiu quanto ao alargamento do âmbito dos beneficiários da Procriação Medicamente Assistida a casais de mulheres e a mulheres solteiras.

Também atentamos às matérias de direito da filiação e critérios jurídicos da parentalidade, visto que a procriação medicamente assistida heteróloga veio trazer grandes transformações e desvios ao tradicional estabelecimento da filiação, nomeadamente através da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. Observamos aqui uma progressiva substituição de uma verdade biológica por uma verdade sócio-afectiva quanto ao estabelecimento da filiação de crianças cujo nascimento resultou da aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida ou de gestação de substituição.

Vemos ainda como é que a gestação de substituição passou de configurar uma prática lesiva dos bons costumes, dando origem a um negócio nulo e nalguns casos criminalizado na redacção original da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, para se tornar legal (mediante apertados requisitos) com a redacção dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto - sendo que alguns aspectos do seu regime vieram logo a seguir ser declarados inconstitucionais através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril, desta forma mantendo a gestação de substituição legal - mas na prática inacessível - até a aprovação de uma nova lei que possa acautelar minimamente todos os interesses (dos pais beneficiários, da gestante de substituição e da criança).

Finalmente, fazem-se algumas reflexões precisamente nesse sentido: o de procurar e encontrar soluções viáveis para não deixar cair um instituto que o Tribunal Constitucional confirmou que pode vir a ser muito benéfico para a sociedade portuguesa, apesar de sofrer de algumas desconformidades com a nossa lei fundamental.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril; Beneficiários; Declaração de Inconstitucionalidade; Direitos Reprodutivos; Gestação de Substituição; Gestante; Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; Procriação Medicamente Assistida.

## **ABSTRACT**

This dissertation focuses on the analysis of the evolution of Medically Assisted Procreation in the Portuguese legal system; namely what are the various techniques we admit and who (and under what conditions) can access them in our country; it is also provided a historical / chronological context, concerning the progressive adaptation of Portuguese society regarding the various issues that Medically Assisted Procreation poses - to give one of the greatest examples, the paradigm shift seen in the widening scope of the beneficiaries of Medically Assisted Procreation to women's couples and single women.

We also look at legal matters of parentage and legal criteria of parenthood, since heterologous assisted medically assisted procreation has brought about major transformations and deviations from the traditional establishment of membership, namely through Law no. 17/2016 of June 20, and of Law no. 25/2016 of 22 August. We observe here a progressive replacement of a biological truth by a socio-affective truth regarding the establishment of the affiliation of children whose birth resulted from the application of medically assisted procreation or substitution gestation techniques.

We also see how the gestation of substitution has gone from setting up a harmful practice of good manners, giving rise to a null business and in some cases criminalized in the original wording of Law no. 32/2006, of July 26, to become legal (with tight requirements) with the wording given by Law no. 25/2016 of 22 August - some aspects of its regime were soon to be declared unconstitutional through the Judgment of the Constitutional Court no. 225/2018, of April 24th, thus keeping the gestation of legal substitution - but in practice inaccessible - until the approval of a new law that can minimize all interests (of the beneficiary parents, the pregnant woman and the child).

Finally, there are some reflections precisely in this sense, the search for and find viable solutions not to drop an institute that the Constitutional Court confirmed that can be very beneficial for the Portuguese society, despite suffering from some nonconformities with our fundamental law.

## **KEY-WORDS:**

Constitucional Court's Judgment No. 225/2018 of the 24<sup>th</sup> of April; Beneficiaries; Declaration of Unconstitutionality; Reproductive Rights; Gestational Surrogacy; Surrogate Mother; Law No. 32/2006, of the 26<sup>th</sup> of July.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

- Ac.: Acórdão
- al.: alínea
- art. cit.: artigo citado
- art.: artigo
- BE: Bloco de Esquerda
- CC: Código Civil
- Cfr.: Confrontar
- CNECV: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- CNPMA: Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
- CP: Código Penal
- CRP: Constituição da República Portuguesa
- CUDC: Convenção Universal dos Direitos da Criança
- DLG's: Direitos, Liberdades e Garantias
- FIV: Fertilização In Vitro
- GT-PMA: Grupo de Trabalho para a PMA
- IA: Inseminação Artificial
- IVG: Interrupção Voluntária da Gravidez
- LM: Lex Medicinae
- LPMA: Lei da Procriação Medicamente Assistida
- ob. cit.: obra citada
- p.: página
- PMA: Procriação Medicamente Assistida
- pp.: páginas
- PS: Partido Socialista
- PSD: Partido Social Democrata
- pub. cit.: publicação citada
- RJO: Revista Julgar Online
- RMP: Revista do Ministério Público
- ROA: Revista da Ordem dos Advogados
- ss: seguintes
- TC: Tribunal Constitucional

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I: A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – ALGUNS ASPECTOS GERAIS.....	11
1. Direitos Reprodutivos e a CRP.....	11
2. Conceito e modalidades de PMA.....	15
3. Uma alusão ao caminho da PMA em Portugal (evolução histórica).....	19
3.1 As primeiras tentativas de regulação até 2006.....	19
3.2 A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho – o fim de uma longa espera.....	20
3.3 Reacções à LPMA e o caminho para o seu aperfeiçoamento – a Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho e a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.....	22
4. Os beneficiários: quem pode recorrer à PMA?.....	25
4.1 A dicotomia “subsidiariedade <i>versus</i> alternatividade” do acesso às técnicas.....	25
4.2 A Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho e o alargamento a todas as mulheres: o (aparente) paradoxo do legislador.....	27
CAPÍTULO II: O DIREITO DA FILIAÇÃO E A PMA.....	35
1. O biologismo como critério orientador do tradicional estabelecimento da filiação.....	35
2. A progressiva ruptura do critério biologista – o aparecimento de “novas parentalidades”.....	37
3. As questões colocadas pela Lei n.º 17/2016 e pela Lei n.º 25/2016 quanto ao estabelecimento da filiação.....	39
CAPÍTULO III: A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	42
1. Conceito e modalidades da figura.....	42
2. A gestação de substituição em alguns ordenamentos estrangeiros.....	45
2.1 O sistema anglo-americano.....	45
2.1.1 Reino Unido.....	45
2.1.2 Estados Unidos da América.....	47
2.2 O sistema romano-germânico.....	48
2.2.1 França.....	48

2.2.2	Grécia.....	49
3.	O contrato de gestação de substituição – algumas reflexões.....	50
4.	O modelo <i>sui generis</i> alcançado em Portugal em 2016.....	54
4.1	A crítica doutrinal – uma antecipação da inconstitucionalidade.....	56
4.1.1	O esquecimento do legislador quanto à IVG.....	56
4.1.2	A não previsão de limites etários às partes do contrato.....	57
4.1.3	A exclusão de casais homossexuais masculinos (e homens singulares).....	58
4.1.4	A não consagração do direito ao arrependimento da gestante após o parto.....	59
4.2	O juízo de inconstitucionalidade.....	61
4.3	A reacção ao Acórdão do TC n.º 225/2018: as possíveis soluções que levem ao êxito da gestação de substituição em Portugal.....	65
	CONCLUSÃO.....	71
	BIBLIOGRAFIA.....	73

## INTRODUÇÃO

Encontramo-nos num momento de grande impasse legislativo em relação às últimas versões da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que passou a regular no nosso país a Procriação Medicamente Assistida (LPMA). Como tal, será um dos principais objectivos deste estudo a análise dessa mesma evolução, tanto de um ponto de vista legislativo e jurídico, como até político e sociológico. Com efeito, esta Lei n.º 32/2006, cuja redacção inicial previa, nomeadamente, a absoluta nulidade e até penalizações para quem levasse a cabo práticas de gestação de substituição, acontece que, dez anos volvidos, assistimos à sua substancial alteração, legalizando essa mesma prática (mediante apertados requisitos, que iremos desenvolver).

Contudo, “foi sol de pouca dura”, visto que, como veremos, a nova redacção - dada pela Leis n.ºs 17/2016 e 25/2016 e entrando em vigor a 1 de Agosto de 2017 - deparou-se com duras críticas e com propostas de alteração ou de aperfeiçoamento.

Por conseguinte, sob proposta de um grupo de trinta deputados, que submeteram ao Tribunal Constitucional (TC) um pedido de fiscalização abstracta da constitucionalidade de alguns preceitos, assistimos assim a uma ruptura quando este Tribunal veio declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da maior parte dos preceitos que constavam do pedido. Esta “nova” lei, tão duramente criticada e atacada por todos os lados, vigorou menos de dois anos, tendo como efeito imediato a suspensão de todos os processos dirigidos ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) que até essa data ainda não tivessem iniciado os respectivos procedimentos terapêuticos.

Diro isto, facilmente verificamos que se encontram famílias portuguesas com o seu projecto parental suspenso até nova proposta e aprovação parlamentar de uma redacção mais clara e consensual, pois, dado que o TC declarou inconstitucional não a lei no seu todo, mas preceitos-chave essenciais a todo o seguimento dos processos de gestação de substituição, na prática é como se não houvesse, de todo, uma legalização desta figura em Portugal.

Para além da gestação de substituição propriamente dita, os juízes deste Tribunal debruçaram-se ainda sobre outras matérias polémicas (que já faziam parte da LPMA antes da redacção de 2016), nomeadamente a questão da confidencialidade do dador de gâmetas e a dispensa de averiguação oficiosa de paternidade resultante de PMA.

Também não deixaremos de tentar fornecer uma contextualização sobre a PMA no seu todo, sobre a própria admissibilidade constitucional quanto à sua regulamentação, e como é que a nossa LPMA, aprovada na sua redacção original em 2006, se adaptou ao desenvolvimento e exigências crescentes da sociedade portuguesa. Teremos, como tal, também oportunidade de analisar as mudanças trazidas pela Lei n.º 17/2016, que trouxe consigo uma verdadeira revolução nas concepções de quem, e em que condições, podia aceder à PMA.

Quanto à gestão de substituição, tentaremos por isso analisar como é que no espaço de dez anos passámos de um regime de nulidade para uma legalização de um tipo de contrato bastante polémico, e quais os motivos que levaram a que o mesmo “morresse” mais rapidamente do que nasceu.

Qual será o caminho de agora em diante? Terá a nossa LPMA, incluindo um modelo português de gestão de substituição, um futuro vitorioso? Ou será que, mesmo depois de um percurso tão atribulado, estará condenada ao fracasso?

# CAPÍTULO I: A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA –

## Alguns aspectos gerais

### **1. Direitos Reprodutivos e a CRP**

A nossa sociedade tem-se vindo a deparar com a realidade de muitas famílias não terem condições para criar e desenvolver a sua descendência através dos meios vistos como naturais. De facto, tanto devido à existência de um diagnóstico de infertilidade como pela ausência de órgãos reprodutivos (retirados na sequência de doença oncológica, por exemplo), ou até pela existência de outras patologias que ponham em causa a saúde da mãe e/ou da criança a nascer, muitos são os casos de pessoas que vêem o seu projecto parental sair gorado, o que lhes trará, compreensivelmente, grande frustração e desânimo. De facto, sempre nos habituámos a uma interligação necessária entre sexo e procriação; contudo, graças aos avanços científicos, essa forte conexão tem vindo a ser quebrada.

Por conseguinte, percebe-se que, por causa desta evolução da Ciência, os casais já não precisam de simplesmente desistir do seu desejo de constituir família (partindo, claro está, do pressuposto de que não fará tanto sentido para eles recorrer a um processo de adopção como lutar pela hipótese de ter um bebé que partilhe do seu material genético), pois hoje em dia está já sedimentada toda uma panóplia de técnicas de PMA, desenvolvidas precisamente com o intuito principal de superar esta falha para ajudar os casais que se encontram nesta triste situação. Assim sendo, como denota MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, visto que o progresso científico é, nos nossos dias, cada vez mais rápido e avassalador, “há que reflectir e ponderar sobre mutação e a hierarquia dos velhos e novos valores na própria sociedade”<sup>1</sup>.

Agora coloca-se um problema: será que a nossa Constituição da República está “alinhada” com esta realidade crescente? Vejamos.

O direito fundamental a constituir família do art. 36º, n.º1 da CRP é invocado por GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>2</sup> “no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação”, o que nos leva à questão inicial na

---

<sup>1</sup> MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer – Para um debate de cidadãos*, Editorial Caminho (2017), p. 109.

<sup>2</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos jurídicos da Procriação Assistida*, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), A. 49, III, Dezembro (1989), p. 768.

matéria da qual nos ocupamos: “a de saber se um casal sem filhos tem o direito constitucional de procriar *através do recurso às novas técnicas biomédicas*”.

Seguindo VERA RAPOSO<sup>3</sup> neste ponto, verificamos não existir na Constituição uma referência explícita a direitos reprodutivos – contudo, a autora refere haver “alguns direitos constitucionais susceptíveis de abrigar a pretensão à reprodução, enquanto direito a ter filhos (...)”.

Convoca nesta sede vários direitos fundamentais consagrados desde cedo no nosso texto constitucional, tais como o direito à intimidade e à reserva da vida privada (art. 26.º/1 CRP), o direito ao livre desenvolvimento pessoal (art. 26.º/1 CRP), o direito a constituir família (art. 36.º/1 CRP), e ainda o direito à efectivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família (art. 67.º/1 CRP).

A autora defende ainda que o direito à reprodução “não exprime o direito a que o Estado nos faculte um filho a todo o custo (obrigação de resultado), mas tão-só o direito de não sermos impedidos de ter filhos - seja por meio de acto sexual, seja com o auxílio das técnicas e procedimentos que a ciência oferece – e face aos quais não sobrevenham argumentos jurídicos relevantes para excluir esta liberdade”<sup>4</sup>. Trata-se, no fundo, de ser exigível um *non facere*, na medida em que se impõe ao poder estadual que se abstenha de intervir na esfera da autonomia privada dos cidadãos, pelo menos até certo limite.

Temos ainda o art. 67º, n.º 2, al. e) da CRP, preceito expressamente direccionado à PMA e introduzido aquando da revisão constitucional de 1997, que vem dizer que incumbe ao Estado “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” – tal só veio a acontecer em 2006, como veremos – e até aí, lembra JORGE DUARTE PINHEIRO<sup>5</sup>, “a legislação ordinária portuguesa abarcava unicamente aspectos pontuais, circunscritos da procriação assistida”, referindo-se aos preceitos já existentes na altura, que não admitiam que o marido de mulher inseminada impugnasse a paternidade (desde que tenha consentido na prática), e que puniam com

---

<sup>3</sup> VERA RAPOSO, *Direitos reprodutivos*, Lex Medicinæ (LM), A. 2, N. 3 (2005), pp. 115 ss.

<sup>4</sup> VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Edições Almedina (2012), p. 354.

<sup>5</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, AAFDL (2018), p. 166.

pena de prisão quem praticasse acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento<sup>6</sup>.

É importante notarmos que o legislador constituinte de 1976 não poderia nessa altura prever a quantidade de avanços científicos e tecnológicos que iriam surgir<sup>7</sup>, avanços estes que ajudaram a ciência a fornecer um leque cada vez maior de técnicas de PMA, vindo assim a dar resposta a uma população que desejava reproduzir-se, mas que por razões de saúde, não podia.

Por esta razão é que não encontramos na CRP um concreto direito à PMA – isto apesar de GUILHERME DE OLIVEIRA, ainda em 1989, já reconhecer não estar excluído “que a norma [o art.º 36º, n.º 1 da CRP] venha a ganhar também o valor de conferir aos indivíduos um direito à utilização dos meios cientificamente comprovados e aptos para a procriação. Tratar-se-ia apenas de uma faceta de um pretensão direito subjectivo ao que é tecnologicamente possível.”<sup>8</sup>.

Estamos assim em condições de inferir daquele conjunto de preceitos supracitado um verdadeiro direito à reprodução – assim, e na esteira de VERA RAPOSO<sup>9</sup>, entendemos que não haverá razões de nenhuma índole para, como sociedade, simplesmente aceitarmos, sem mais, a existência de uma discriminação dos casais que, por algum motivo, não podem conceber naturalmente, face aos que o podem fazer, porque, felizmente, são saudáveis – então, se o direito a constituir família é um direito fundamental e comporta um verdadeiro direito a procriar, conclui-se que este não deve ser negado a ninguém que deseje usufruir dele, mas não o consiga alcançar naturalmente – por várias ordens de razões, como veremos.

---

<sup>6</sup> O autor refere-se, respectivamente, ao art. 1839º, n.º 3 do CC e ao art. 168º do CP.

<sup>7</sup> Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, o art.º 36º, n.º 1 da CRP “não foi elaborado com esta última acepção. Na verdade, ele tem um lugar sem favor na lei fundamental, desde épocas em que não se pensava na procriação assistida como um problema jurídico (...)”. *Aspectos jurídicos...*, *ob.cit.*, p. 768.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 768.

<sup>9</sup> “Se durante séculos a infertilidade era tida como um fado, uma decisão tomada pela natureza de forma irreversível, hoje parece antes uma simples contingência, perfeitamente sobrepujável, em virtude das vitórias obtidas pela ciência”. VERA RAPOSO, *Direitos reprodutivos*, *ob. cit.*, p. 112.

Acrescente-se: estávamos em 1992 ainda longe da aprovação da LPMA<sup>10</sup>, quando GUILHERME DE OLIVEIRA veio reafirmar a posição de abertura da CRP quanto à possibilidade de procriar recorrendo à ciência, convocando o direito constitucional a constituir família para dizer que “este direito implica o exercício da liberdade fundamental de procriar; e se o titular do direito for infértil deverá poder recorrer aos meios conhecidos de reprodução assistida, entre os quais se conta o recurso a uma mãe geradora (...) todas as eventuais restrições ao exercício daquele direito terão de ser justificadas por interesses de dignidade bastante, e terão de ser proporcionadas à defesa desses interesses.”<sup>11</sup>.

Visto isto, e dando como assente que o direito a constituir família não deve ser negado a ninguém, quanto mais não seja pelo respeito que se exige ao princípio da igualdade, o Estado tem mesmo, na óptica de GUILHERME DE OLIVEIRA, e à qual aderimos por inteiro, “a obrigação constitucional de organizar os instrumentos de combate à esterilidade, e de permitir o acesso dos indivíduos aos novos meios de procriação assistida”<sup>12</sup>, concluindo que, tanto o art. 36º, n.º1, como o art. 26º, como o art. 67º – todos da CRP – “comportam uma interpretação favorável à admissibilidade das novas técnicas de reprodução humana; sendo certo, embora, que não foram pensadas para tal fim.”<sup>13</sup>.

Aferimos assim que o autor previu uma admissibilidade, ainda que implícita no nosso texto constitucional, no sentido da inclusão de um direito a recorrer à PMA dentro do direito fundamental a constituir família – podemos, deste modo, concluir por uma categorização de direitos reprodutivos<sup>14</sup> disponíveis a toda a população, seja pela via natural, seja pelo recurso aos métodos científicos já emergentes e admitidos no âmbito da PMA.

---

<sup>10</sup> Referimo-nos à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (LPMA), diploma legislativo central deste nosso estudo.

<sup>11</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma – duas! O contrato de gestação*, Coimbra Editora (1992), p. 49.

<sup>12</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Aspectos jurídicos...*, *ob. cit.*, p. 770.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 770.

<sup>14</sup> O direito a ter filhos – bem como o direito a não os ter – podem mesmo ser chamados “direitos fundamentais de 4ª geração. VERA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos... ob. cit.*, pp. 113 ss.

Contudo, como ressalva JOÃO LOUREIRO – no rescaldo da aprovação da LPMA em 2006 - a nossa CRP abre “um espaço de decisão em que cabe ao legislador proceder a uma ponderação dos bens jurídico-constitucionais em causa”<sup>15</sup>; na mesma linha, acrescenta VERA RAPOSO que a “intervenção legislativa justifica-se porque a consagração constitucional de um direito é sempre feita de modo vago e indefinido (características ditadas pela própria natureza da lei constitucional), pelo que cabe ao legislador ordinário concretizar os direitos fundamentais em termos que permitam a sua efectivação prática. Esta concretização poderá consistir numa restrição ditada em nome de valores superiores”<sup>16</sup>.

Em suma, e tendo em conta o nosso objecto de estudo, o mesmo é dizer que se fornece ao legislador uma margem de discricionariedade para fixar os trâmites admissíveis no nosso país quanto às técnicas de PMA – trâmites esses que sejam conformes com o texto e espírito constitucionais, e proibindo, sancionando até, aqueles que não o sejam – tendo sempre como assente que “a própria validade da LPMA está condicionada pela sua conformidade com os princípios fundamentais constantes da Constituição”<sup>17</sup>.

## **2. Conceito e modalidades de PMA**

O que é, afinal, a PMA? O conceito poderá ser definido como “o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual”<sup>18</sup>. É desde logo relevante atentarmos à distinção entre dois grandes grupos destas técnicas: como nos ensina JORGE DUARTE PINHEIRO, temos, por um lado, os processos de procriação sexuada, e por outro, os processos de reprodução assexuada<sup>19</sup>.

Os primeiros são essencialmente caracterizados pela junção de material genético masculino e feminino, enquanto que os segundos prevêm “o recurso apenas a um

---

<sup>15</sup> JOÃO LOUREIRO, *Filho(s) de um gameta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga*, LM, A. 3, N. 6 (2006), p. 48.

<sup>16</sup> VERA RAPOSO, *Em nome do Pai (... Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães)*, LM, A. 3, N. 6 (2007), p. 45.

<sup>17</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo, ob. cit.*, p. 166.

<sup>18</sup> CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, p. 235, AAFDL Editora, (1990/91), *apud* JORGE DUARTE PINHEIRO, «Procriação medicamente assistida», in AA.VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, (2005), p. 754.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.754.

componente genético, que tanto pode ser proveniente de uma pessoa do sexo feminino como do sexo masculino”<sup>20</sup>. Entramos, com este segundo tipo de processos, no campo – diga-se, perigoso – da clonagem humana, técnica esta que é causadora de conflitos gravíssimos, desde logo do ponto de vista ético e jurídico: o autor entende que “basta referir, por exemplo, a dificuldade de harmonizar a clonagem com o direito à individualidade e unicidade da pessoa humana.”<sup>21</sup>.

A utilização de técnicas de PMA para clonagem reprodutiva, bem como para a criação de quimeras ou híbridos, são, de resto, absolutamente proibidas pela nossa LPMA<sup>22</sup>, não havendo qualquer abertura (e bem!) no sentido de inserir qualquer alteração neste âmbito, hipótese essa que chocaria frontalmente com todo o conjunto dos nossos valores éticos, jurídicos, sociológicos, morais, etc. – não é novidade que a Ciência anda a uma velocidade muito maior que o Direito, devendo este último tentar acompanhá-la, mas não se pode coibir de lhe impor algumas limitações...

Estamos contudo apenas a referir-nos aos processos de clonagem no sentido mais conhecido do termo – o de fazer nascer uma pessoa “a partir de outra”, criando-se uma verdadeira réplica de um sujeito, o que traz grandes perigos que VERA RAPOSO elenca, entre eles “a criação de uma elite de super seres humanos (...) susceptíveis inclusive de ser utilizados como armas de guerra (...); a clonagem de uma pessoa sem o seu consentimento; a ressurreição de alguém já defunto; (...) a criação de uma humanidade onde todos partilhem a mesma genética (...); os riscos, quer físicos, quer emocionais, que poderão advir para o ser clonado; (...) o carácter indigno da reprodução assexuada para a espécie humana; em suma, a degradação da ideia de pessoa humana em si mesma e da sua dignidade”<sup>23</sup>.

Mas devemos ter aqui em conta que a clonagem pode também servir apenas um certo momento de um concreto processo reprodutivo, nomeadamente se tiver por fim evitar a transmissão de doenças genéticas – nesse caso (e noutros semelhantes), a autora

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.754.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.754.

<sup>22</sup> Cfr. art. 7º da LPMA.

<sup>23</sup> VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, *ob.cit.*, pp. 1066-1067.

defende que “não se suscitam problemas éticos de maior, excepto para quem entenda que se verifica aqui uma intromissão intolerável do ser humano”<sup>24</sup>.

A LPMA veio de encontro a isto, proibindo e punindo com pena de prisão a prática de transferência de embrião para o útero através da técnica de transferência de núcleo, bem como para a transferência de embrião com recurso a cisão de embriões, exceptuando somente os casos em que a transferência é necessária à aplicação das técnicas de PMA<sup>25</sup>.

Mas voltemos com mais enfoque ao primeiro grande grupo de processos referidos supra, os de reprodução sexuada<sup>26</sup>. Dentro destes, há ainda uma sub-distinção a ser feita, consoante a técnica em concreto seja realizada dentro do corpo da mulher (caso da inseminação artificial (IA) e da transferência intratubária de gâmetas (GIFT)), ou fora dele (caso da fertilização *in vitro* (FIV)).

Em relação às primeiras duas técnicas, que operam *in vivo*, a diferença principal é que na IA faz-se uma introdução apenas de sémen, enquanto que na GIFT se introduzem também ovócitos no corpo da mulher. Nestes dois métodos, o que se faz é tão-só introduzir gâmetas na mulher, esperando que estes se possam fundir, isto é, fazer ocorrer a fecundação, sem mais nenhum auxílio médico.

Já em relação às técnicas que são realizadas fora do corpo da mulher, temos a FIV, com todas as suas variações, na medida em que pressupõem sempre uma inseminação extracorporal, variando depois consoante o que se transfere e para onde se transfere em cada procedimento concreto. São elas:

- a) A FIVETE (Transferência de Embriões para o Útero), em que há uma recolha prévia de ovócitos que são inseminados *in vitro*, e depois transferidos para o útero;

---

<sup>24</sup> VERA RAPOSO acrescenta ainda que, apesar de ter “virtualidades reprodutivas”, não se deve assumir a clonagem como um autêntico método reprodutivo, dado que na clonagem replica-se um código genético, em vez de se juntar dois para formar um novo código; optando antes por lhe chamar “um método replicativo”. *Idem*, pp. 1064-1065.

<sup>25</sup> Cfr. art. 7º, n.º 1 e art. 36º da LPMA.

<sup>26</sup> Continuamos a seguir a exposição das diferentes modalidades de PMA de JORGE DUARTE PINHEIRO.

- b) A ICSI (Injecção Intracitoplasmática de Espermatozóides), onde se introduz laboratorialmente apenas um espermatozóide no ovócito, fazendo depois a transferência dos embriões para o útero;
- c) A ZIFT (Transferência Intratubária de Zigoto), que opera através da transferência de zigotos<sup>27</sup>, não para o útero, como vimos até aqui, mas sim para as trompas de Falópio;
- d) A TET (Transferência Intratubária de Embriões), parecida com a FIVETE e ICSI quanto ao objecto de transferência (embriões), mas ela é feita, tal como acontece na ZIFT, para as trompas de Falópio.
- e) O DGPI (Diagnóstico Genético Pré-Implantação), destinado a fazer uma selecção de embriões a implantar no útero: apesar de estar previsto no catálogo do art. 2º da LPMA, “não é em si mesmo uma técnica de PMA”<sup>28</sup>.

JORGE DUARTE PINHEIRO alerta, porém, que estas denominações precisam de ser actualizadas em face da Portaria n.º 273/2012, de 5 de Setembro (sendo que o legislador se absteve de o fazer): “A IA é agora designada como inseminação intra-uterina (IIU); a FIVETE é pura e simplesmente conhecida como fertilização *in vitro* (FIV). E já não se fala de GIFT, ZIFT e TET”<sup>29</sup>.

Elencadas estas modalidades, falta ainda referir uma distinção essencial, feita segundo um critério subjectivo (ou seja, dependendo dos sujeitos que fornecem os gâmetas nos concretos procedimentos): com isto queremos dizer que, se o material genético pertencer a ambos os elementos do casal beneficiário, dizemos que a PMA é homóloga; se, por outro lado, houver recurso a esperma ou ovócitos de dadores, dizemos que a PMA é heteróloga – será apenas parcialmente heteróloga, se houver gâmetas pertencentes a um dos beneficiários, ou totalmente heteróloga, se houver recurso exclusivo a gâmetas de dadores.

Este ponto é de uma relevância extrema, visto que apenas em sede de procedimentos de PMA heteróloga (seja total ou parcial) é que se colocarão, nomeadamente, os problemas relacionados com o direito ao conhecimento das origens

---

<sup>27</sup> Zigotos são aqueles óvulos que, imediatamente a seguir à fecundação, ainda não deram origem a embriões.

<sup>28</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, ob. cit., p. 163.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 164.

genéticas por parte da criança nascida através destas técnicas de PMA que aqui foram expostas.

### **3. Uma alusão ao caminho da PMA em Portugal (evolução histórica):**

Importa-nos agora fazer um exercício cronológico, rememorando, ainda que brevemente, a sequência de factos que nos conduziu até 2006, ano em que foi aprovada a LPMA em Portugal, bem como analisar a sequência de acontecimentos que tiveram lugar desde essa altura até às recentes alterações de 2016, alterações essas que, em grande medida, vieram a justificar que um grupo de parlamentares questionasse a (in)constitucionalidade de alguns dos preceitos<sup>30</sup>.

#### **3.1 As primeiras tentativas de regulação até 2006:**

A primeira tentativa para regular as matérias atinentes à PMA ocorreu em 1986. Neste ano, através do Despacho n.º 37/86 de 14 de Abril, foi criada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias<sup>31</sup>, que propôs “a adoção de um regime provisório e restritivo, só permitindo a prática de inseminação artificial homóloga, de fertilização *in vitro* e de fertilização intratubária, conforme Decreto-lei n.º 319/86, de 25 de setembro.”<sup>32</sup>.

Assistiu-se de seguida a um período de inércia que durou quase dez anos, fruto de um acumular de fortes divergências existentes entre os deputados das várias bancadas. Só aquando do primeiro mandato de António Guterres é que houve finalmente aprovação de um diploma apresentado pelo Governo (a Proposta de Lei n.º 135/VII, que se converteu no Decreto n.º 415/VII), mas este diploma veio depois a “esbarrar” no veto presidencial de Jorge Sampaio, que argumentou que “estas matérias ainda não tinham atingido o necessário consenso na sociedade portuguesa”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Situação a que atentaremos de maneira mais explícita infra.

<sup>31</sup> Esta Comissão contou com o relevante contributo dos Profs. Doutores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira.

<sup>32</sup> OMAIDA VAN-DÚNEM, *Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família*, Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas, apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (2018), p. 19.

<sup>33</sup> VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, *ob. cit.*, p. 334.

Não tendo havido mais iniciativas legislativas viáveis de poder angariar um consenso tanto social como político, o Decreto-lei n.º 319/86 (que referimos supra, sobre procriação artificial humana)<sup>34</sup> manteve-se em vigor ao longo de uma série de tentativas fracassadas, até à muito ansiada aprovação da LPMA em 2006.

### **3.2 A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho – o fim de uma longa espera:**

O que nos trouxe, então, a redacção original da LPMA? Desde logo, teve o grande mérito de prever a constituição do CNPMA, “ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.”<sup>35</sup>. Face à elevada tecnicidade e complexidade que são tipicamente características das matérias relativas à PMA, faz todo o sentido a atribuição de competências a este órgão, que tem como escopo primordial a supervisão de todos os processos em curso, bem como a emissão de relevantes pareceres sobre a matéria, pareceres estes que se têm vindo a revelar essenciais para levar a cabo a recente (re)construção legislativa neste âmbito.

Salta também à vista a componente sancionatória introduzida por esta lei: dizemos isto porque foram criados novos ilícitos típicos, aos quais se fez corresponder penas de multa e até de prisão, para além de sanções contra-ordenacionais para factos menos graves que já não mereceriam a tutela penal – VERA RAPOSO diz ter sido aqui criado um “modelo misto penal/administrativo de sancionamento”<sup>36</sup>. Tal aconteceu porque o legislador “entendeu que as tipificações do Código Penal não eram suficientes para fazer face aos novos desafios da medicina e da bioética em matéria reprodutiva.”<sup>37</sup>.

Esta lei refere também que se rege pelos princípios gerais do respeito pela dignidade humana e a proibição de discriminação com base no património genético e no facto de se ter nascido através da utilização de PMA (art. 3º)<sup>38</sup>, e de seguida elenca as

---

<sup>34</sup> Na opinião de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, este diploma - que esteve em vigor durante vinte anos - revelava-se “muito insuficiente, sendo o seu significado (e muito provavelmente o seu objectivo prioritário) a consagração implícita da admissibilidade da procriação artificial heteróloga”. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei N.º 32/2006 sobre procriação medicamente assistida*, ROA, A. 67, III (2007), p. 1/18.

<sup>35</sup> *Vide*, sobre as atribuições, funcionamento, etc. do CNPMA, o art. 30º ss da LMPA.

<sup>36</sup> VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>37</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA / VERA RAPOSO, *Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, LM, A. 3, N. 6 (2007), p. 90.

<sup>38</sup> O art. 15º, n.º 5 reforça esta proibição de discriminação, não permitindo que conste do assento de nascimento que a criança nasceu em resultado da aplicação de técnicas de PMA.

condições de admissibilidade das técnicas de PMA (art. 4º: a subsidiariedade e não alternatividade do método de procriação).

No art. 6º, o legislador vem instituir como beneficiários das técnicas de PMA apenas casais heterossexuais, casados ou a viver em união de facto. São, como tal, excluídos casais homossexuais e pessoas singulares. Esta falha foi vista por alguns como “uma violação inconstitucional de um direito fundamental”<sup>39</sup>, sendo que veio a ser (em parte) colmatada na alteração levada a cabo pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho<sup>40</sup>.

O legislador de 2006 previu ainda no art. 7º algumas finalidades proibidas da utilização das técnicas de PMA, e na norma seguinte estipulou a nulidade da gestação de substituição (na altura denominada “maternidade de substituição”), fosse ela onerosa ou gratuita. Disse ainda que, nos casos em que este acordo para gestação de uma criança de outrem fosse efectivamente levado a cabo, a mulher portadora do bebé seria, para todos os efeitos, considerada mãe da criança, precisamente porque o acordo estava ferido de nulidade e como tal não produziria qualquer efeito<sup>41</sup>.

Mais à frente, quando elencou as sanções criminais correspondentes às condutas por si repudiadas, o legislador fixou molduras penais abstractas de até 2 anos de prisão, ou, em alternativa, até 240 dias de multa, para quem “concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso”, e também para quem “promover (...) a maternidade de substituição a título oneroso”. Isto é, puniam-se não só as partes do contrato (o casal beneficiário e a “mãe de substituição”), como também todo aquele que promovesse essa prática ilícita; isto é, que a explorasse com o intuito de obter lucro<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA / VERA RAPOSO, *Primeiras notas..., ob. cit.*, p. 93. Os autores referem que o direito fundamental aqui em causa será o direito à reprodução, visto como decorrente do direito a constituir família. Para reforçar esta crítica, acrescentam: “Embora tenha alargado o conceito tradicional de família, baseado na união matrimonial, o legislador português ainda não harmonizou as suas opções com as “novas famílias”, compostas por vários pais, várias mães, ou apenas por um dos progenitores”.

<sup>40</sup> Esta alteração da lei original trouxe a grande novidade do alargamento do âmbito dos beneficiários das técnicas, passando a abranger também os casais homossexuais femininos, bem como mulheres singulares; atentaremos a este ponto infra.

<sup>41</sup> Aqui o legislador fez coincidir o art. 8º, n.º 1 e n.º 3 da LPMA com o preceituado no art. 1796º, n.º 1 do Código Civil português, que encara o estabelecimento da filiação como o resultante “do facto do nascimento”.

<sup>42</sup> Os “denominados angariadores de mães de substituição”. ANDRÉ DIAS PEREIRA / VERA RAPOSO, *Primeiras notas..., ob. cit.*, p. 96.

Verificamos que se optou por uma distinção entre os efeitos correspondentes à violação do art. 8.º da redacção de 2006, consoante a gratuitidade ou onerosidade do negócio concretamente realizado: “em ambos os casos, há um efeito civil, a nulidade do negócio (art.280º, nº1 do C.Civ.) e quando oneroso, há uma sanção criminal”<sup>43</sup>.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho falou ainda dos direitos e deveres dos beneficiários, nomeadamente o direito ao consentimento informado<sup>44</sup> e o dever a revelar a história clínica.

Já o art. 15.º, que tem como epígrafe “Confidencialidade”, refere-se ao dever de sigilo sobre os participantes das técnicas de PMA, instituindo também a regra segundo a qual, em princípio, a identidade do terceiro dador de gâmetas num dado procedimento de PMA estará à partida protegida pela regra geral do anonimato, ressalvando casos contados – se este expressamente consentir na revelação da sua identidade, ou por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial<sup>45</sup>.

### **3.3 Reacções à LPMA e o caminho para o seu aperfeiçoamento – A Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho e a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto:**

Tendo feito este breve exercício de aglomeração das notas essenciais da versão originária da nossa LPMA, verificamos que, ainda no rescaldo da sua entrada em vigor, a doutrina já preconizava que haveria ainda um longo caminho a percorrer para a PMA no nosso sistema jurídico<sup>46</sup>, o que veio, de facto, a verificar-se.

---

<sup>43</sup> DIANA SOARES PINTO, *Gestação por outrem: uma vida a todo o custo?*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (Especialização em Ciências Jurídico-Forenses), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013), p. 26.

<sup>44</sup> Este consentimento deve ser “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”, para além de livremente revogável “até ao início dos processos terapêuticos de PMA” (cfr. art. 14º, n.º 1 e n.º 4).

<sup>45</sup> Cfr. art. 15º, n.º 3, *in fine*, e n.º 4.

<sup>46</sup> Em 2007, já havia doutrina que antecipava: “Este diploma não constitui “o fim da história” das discussões sobre a PMA em Portugal (...) De muitos quadrantes pugna-se por apreciações de constitucionalidade dos aspectos mais polémicos deste regime: desde a exclusão de mulheres solteiras e dos casais de homossexuais, à consagração do princípio do anonimato do dador (...). Para já, realçamos a boa nova de a lei enquadrar esta actividade e de o fazer com equilíbrio e ponderação”. ANDRÉ DIAS PEREIRA / VERA RAPOSO, *Primeiras notas...*, *ob. cit.*, p. 104. No mesmo sentido: “A Lei n.º 32/06 apresenta numerosas deficiências jurídicas (...) [que] criarão grandes dificuldades de aplicação”. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei n.º 32/06 sobre...*, *ob. cit.*, p.15/18.

Com efeito, alguns anos mais tarde (concretamente em Janeiro de 2012), o PS e o PSD submeteram dois projectos-lei no Parlamento tendo em vista a legalização da maternidade de substituição – ou melhor dizendo, o reconhecimento de algumas excepções à sua proibição, em vigor desde 2006. Já o BE se tinha antes manifestado nesse sentido, mas o seu projecto ficou logo pelo caminho, dado que defendia o acesso às técnicas de PMA por todas as mulheres, independentemente de serem ou não inférteis<sup>47</sup>. Houve ainda quatro iniciativas legislativas (no seu conteúdo essencial muito semelhantes), cujo objecto foi precisamente o do alargamento dos beneficiários, que foram amplamente discutidas: o Projecto de Lei n.º 6/XIII (1ª) PS; o n.º 29/XIII (1ª) PAN; o n.º 36/XIII (1ª) BE; e o n.º 51/XIII (1ª) PEV.

Em 2016 foi (finalmente) resolvido este impasse: foram aprovadas no Parlamento – e, depois de alguns avanços e recuos, consequentemente promulgadas e publicadas - a segunda e terceira alterações à LPMA, através da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, que veio alargar o âmbito de beneficiários das técnicas de PMA, e da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que veio regular o acesso à gestação de substituição.

No primeiro diploma destes dois que enunciámos, passou-se a abranger como beneficiários das técnicas de PMA também casais de mulheres e mulheres singulares. Impôs-se que isto acabasse por acontecer, pelo menos em parte, achamos, devido à lacuna grave que era imperativo preencher a partir do momento em que passou a ser permitido no nosso país o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio<sup>48</sup>.

Já aquando da aprovação do segundo diploma em 2016, referente à regulação da gestação de substituição, o art. 8º sofreu uma profundíssima alteração. A versão originária (de 2006) cominava com a nulidade todos os negócios jurídicos de maternidade de substituição<sup>49</sup>, e atribuía a maternidade da criança que viesse a nascer por este meio à

---

<sup>47</sup> Pretensão que acabou por ser acolhida pela redacção da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho e que analisaremos com mais detalhe infra.

<sup>48</sup> “A questão levantou problemas de congruência sistemática desde a aprovação da lei portuguesa que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que expressamente exceptiona a matéria da PMA”. LUÍSA NETO, «O (novo) regime da Procriação Medicamente Assistida: Possibilidades e restrições», in Publicação correspondente a actas do seminário internacional “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, p.85.

<sup>49</sup> A terminologia dominante e preferida na altura era “maternidade de substituição” e não “gestação de substituição”.

mulher que suportou a gravidez, como referimos; em 2016 o legislador veio, pois, reconstruir todo esse artigo, tendo consagrado como válidos os negócios de gestação de substituição celebrados gratuitamente entre o casal beneficiário e a gestante, impondo o respeito cumulativo de certos requisitos, que discrimina na norma e que veremos mais adiante no nosso estudo<sup>50</sup>.

Após a publicação destas alterações, o CNPMA apercebeu-se de imediato que havia nesta última versão da lei uma falha grave: só previa a revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos, não acautelando o direito à IVG até às 10 semanas. Este esquecimento do legislador foi depois superado através de uma norma interpretativa, incluída no Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

Como passou muito tempo até sair esta regulamentação, só houve verdadeiramente condições reunidas para a autorização de contratos de gestação de substituição em Portugal a partir do dia 1 de Agosto de 2017 – praticamente um ano após a aprovação da lei que viabilizou a sua prática em Portugal.

Como já tivemos oportunidade de referir, “foi sol de pouca dura”. Instalou-se mais uma vez um aceso debate, tanto a nível político como doutrinal, como meio de reacção a esta lei que agora contratualizava a gestação de substituição. Foi de facto um diploma alvo de muitas críticas, que veremos melhor infra, talvez fruto de alguma pressa em resolver o debate que já se arrastava desde 2012, vindo-se a revelar, para alguns, uma espécie de “bandeira política” que se converteu numa lei “feita à pressa”, no contexto da ascensão de uma maioria parlamentar de esquerda que veio dar um voto de confiança ao projecto que António Costa propôs para poder formar Governo. As críticas estenderam-se também às novidades trazidas pela Lei n.º 17/2016.

Neste contexto, e após alguns meses (em Fevereiro de 2017), um grupo de 30 deputados da ala direita do Parlamento veio submeter um pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade daquela lei, sendo que, sensivelmente 14 meses depois,

---

<sup>50</sup> Nomeadamente, como veremos, a obrigatoriedade de estes negócios só poderem ser celebrados “a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, assim como a proibição de pagamento à gestante ou de haver uma relação de subordinação económica entre as partes, e a proibição, que é para nós absolutamente fulcral, de a gestante poder ser simultaneamente dadora do ovócito. Cfr. art. 8º LPMA, na redacção dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

os juízes do TC deram a conhecer a sua decisão - decisão esta que, como veremos, engloba não só a inconstitucionalidade de preceitos relativos à gestação de substituição, como também da dispensa de averiguação oficiosa da paternidade, como ainda da regra geral do anonimato dos dadores de gâmetas, já em vigor desde 2006<sup>51</sup>.

Esta declaração de inconstitucionalidade teve como efeito imediato a suspensão de todos os processos em que, à data, não tenham sido iniciados os respectivos processos terapêuticos, salvaguardando – por imperativos de segurança jurídica – aqueles já autorizados pelo CNPMA “em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida (...)”<sup>52</sup>.

Pensamos estar em condições de concluir esta resenha histórica sobre o caminho da PMA em Portugal referindo que, apesar dos percalços e de algum descuido na respectiva regulamentação, o caminho a seguir parece favorável à feitura de uma lei que possa acautelar os interesses de todas as partes envolvidas e evitando ao máximo conflitos e situações injustas, nunca perdendo de vista, claro está, o superior interesse da criança a nascer.

#### **4. Os beneficiários: Quem pode recorrer à PMA?**

##### **4.1 A dicotomia “subsidiariedade *versus* alternatividade” do acesso às técnicas**

Se nos debruçarmos agora em concreto sobre a admissibilidade do recurso às técnicas de PMA, percebemos que, ao contrário de alguns países onde até mulheres saudáveis podem aceder ao “fornecimento de serviços” de outras mulheres que estejam dispostas a passar pelos 9 meses de gestação (a troco de um verdadeiro pagamento), por cá, sempre fomos tendencialmente sensíveis a uma verdadeira subsidiariedade, em detrimento de uma alternatividade do acesso às diferentes técnicas por nós admitidas.

O que é que queremos dizer com isto? Ora, apesar de defendermos que os direitos reprodutivos estão abarcados na categoria do direito a constituir família

---

<sup>51</sup> A consagração legal dessa regra na altura vinha inserida “na lógica das opções que vinham sendo maioritariamente defendidas em Portugal desde, pelo menos, a década de 80 do século XX”. RAFAEL VALE E REIS, «Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na procriação medicamente assistida?», in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, (2016), p.160.

<sup>52</sup> Cfr. Ac. TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, p. 1946.

constitucionalmente consagrado – e que, como tal, a ninguém deve ser negado esse direito – , achamos, seguindo a óptica de JORGE DUARTE PINHEIRO, que não deve existir “um direito a escolher livremente entre a procriação mediante acto sexual e a procriação assistida.”<sup>53</sup>. Se assim fosse, se houvesse uma escolha livre entre recorrer ou não recorrer à PMA, facilmente cairíamos numa espiral de autêntico mercantilismo destas técnicas, o que não é o nosso objectivo.

O autor refere a este propósito que “uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da “indústria da procriação” ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças”<sup>54</sup>. Concordamos com esta ideia, e entendemos que se aplica aqui a velha máxima de Aristóteles, que traduz a própria ideia de justiça: “Tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, na medida da diferença”, no sentido em que só se deve permitir o acesso às técnicas de PMA a quem não consiga, por ser infértil<sup>55</sup>, procriar por via de relação sexual – dado que, efectivamente, essas pessoas não estão em pé de igualdade com aquelas que se podem reproduzir naturalmente.

Mas JORGE DUARTE PINHEIRO frisou que também não deve ser de aceitar que a PMA tenha uma “natureza ultra-subsidiária: a esterilidade não deve ser o único motivo legítimo de recurso à PMA”<sup>56</sup>.

Era visto como chocante que uma consagração legal que fosse de encontro a uma pura alternatividade das técnicas tivesse sido admitida, precisamente pelo argumento citado supra, referente ao perigo de um liberalismo exacerbado quanto a matérias sensíveis e mutáveis do próprio Direito da Família, direito este que, entendemos, deve sim adaptar-se aos tempos, mas sem perder de vista o interesse maior que visa tutelar – o superior interesse da criança.

---

<sup>53</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, «Procriação medicamente assistida», *ob. cit.*, p. 769.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 770.

<sup>55</sup> Veremos infra que vieram a ser admissíveis outros motivos para além de razões de saúde (maxime, mediante diagnóstico de infertilidade).

<sup>56</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, *ob.cit.*, pp. 169-170. O autor refere-se ao disposto no preceituado no art. 4º, n.º 2, que abarca outras situações clínicas que não a infertilidade ou esterilidade.

O entendimento dominante entre nós começou por ser esse, o da promoção e respeito pela subsidiariedade de recurso à PMA, tendo patente uma diferenciação entre casais inférteis e os restantes cidadãos. Foi, de resto, essa doutrina que esteve na base do pensamento do legislador ao elaborar a LPMA em 2006.

Porém, face às novas realidades sociológicas com que nos temos vindo a deparar de há um tempo a esta parte, relacionadas com a emergência de novos modelos familiares, e até com o crescente movimento feminista que ganha cada vez mais força, temos de ter a capacidade de perceber que a opção pelo carácter subsidiário puro do recurso à PMA (plasmado, de resto, no art. 6º da redacção original da LPMA), não mais se adequa – pelo menos, não totalmente – ao conjunto de exigências e reivindicações que a sociedade actual coloca perante quem tem o poder de decisão sobre as matérias que afectam, positiva ou negativamente, o curso das suas vidas.

Com efeito, escreve VERA RAPOSO, “a alternatividade das técnicas só é pensável quando for possível à pessoa em questão procriar mediante relação sexual. Não apenas teoricamente possível, mas praticamente possível, isto é, de forma a que não seja demasiado perigosa ou repulsiva”<sup>57</sup>. Veremos no ponto seguinte qual foi a resposta do legislador de 2016 face à crescente exigência que ia no sentido de alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA – resposta essa que, como já referimos, ficou muito longe de alcançar uma aceitação consensual.

#### **4.2 A Lei 17/2016 e o alargamento a todas as mulheres: O (aparente) paradoxo do legislador**

Quanto a esta dicotomia alternatividade *versus* subsidiariedade do recurso às técnicas de PMA, foi visível que, nos anos seguintes ao início da vigência da LPMA, sopraram ventos de mudança que vieram fazer questionar a adequação de uma estrita subsidiariedade do acesso à PMA, que abarcava no seu âmbito de beneficiários apenas casais e unidos de facto heterossexuais<sup>58</sup>, e sempre mediante infertilidade ou outras situações clínicas.

---

<sup>57</sup> VERA RAPOSO, *Em nome do pai...*, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>58</sup> Cfr. art. 4º e art. 6º da redacção inicial da LPMA. Note-se que o art. 6º, n.º1 se refere a “pessoas casadas”, não tendo tido necessidade de especificar “casais de sexo diferente”, pois isso era dado como adquirido em 2006 – só em 2010 se legalizou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio.

Neste contexto houve, como já sabemos, quatro iniciativas legislativas de relevo para alterar a lei. Tentaremos analisar mais de perto as motivações dos deputados no projecto do Partido Socialista (PS), dado que, como veio depois a salientar o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), “a análise das quatro iniciativas legislativas não revela, no que respeita às alterações propostas em matéria de PMA, diferenças substanciais que justifiquem a sua análise individualizada (...)”<sup>59</sup>.

Com efeito, está bem patente no Projecto de Lei n.º 6/XIII do PS<sup>60</sup> que existia a necessidade de se reavaliar a redacção da Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, reconhecendo os seus méritos no seio da regulamentação de uma matéria sensível e que era há muito ansiada, mas fazer também um exercício de observação crítica face às novas realidades sociais, e admitindo que em menos de dez anos se notou uma “clara evolução no conhecimento da matéria pelos cidadãos e cidadãs”.

Percebeu-se, pois, que seria necessário e urgente dar uma resposta cabal aos anseios das pessoas em cujas vidas a PMA pode vir a exercer um papel fulcral. Neste ensejo, entenderam os parlamentares que “a opção por um recurso meramente subsidiário às técnicas de PMA apresenta-se como uma restrição à liberdade individual de realização de um projeto parental querido pelos beneficiários no quadro da sua autonomia da vontade e possibilitado pelo desenvolvimento científico”.

Alegaram até existir uma desconformidade da redacção até então vigente com a própria CRP:

- Em 1º lugar, entenderam existir uma grave discriminação em função de orientação sexual e estado civil, o que colide frontalmente com o princípio da igualdade (art. 13º da CRP);
- Em 2º lugar, indicaram haver um desrespeito pelo próprio direito a constituir família (art. 36º da CRP), “entendido na sua plenitude de concessão de proteção jurídico-constitucional às múltiplas manifestações que o conceito de família hoje integra”;

---

<sup>59</sup> Parecer n.º 87/CNECV/2016, p. 3.

<sup>60</sup> De 23 de Outubro de 2015.

- Em 3º e último lugar, constataram que não era assegurado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, n.º 1 da CRP).

Vieram fundamentar esta conclusão pela desconformidade com a Lei Fundamental, através de uma exposição de motivos, que enunciamos:

a) “não se encontra qualquer argumento que possa impedir uma mulher solteira, divorciada, casada ou unida de facto com pessoa do mesmo sexo ou viúva de beneficiar de um direito que é reconhecido a outras mulheres, apenas porque estão casadas ou unidas de facto com pessoas de sexo diferente”.

Por conseguinte, acrescentaram que não cabe ao Estado “a defesa ativa de um único modelo familiar” – este deve tão-somente basear a sua actuação em critérios racionais, “no sentido de remover os obstáculos infundados à felicidade das pessoas...”; isto sob pena de deixar de ser um “Estado-legislador” para passar a ser um “Estado-moralizador”, que não só promove a perpetuação da família tradicional, como veda a constituição de novas famílias, se desejadas por pessoas que não se “encaixem” naquele leque de beneficiários;

b) Já há diversos países europeus onde o alargamento de beneficiários já foi feito em relação a mulheres sós e casais homossexuais femininos (Espanha, Reino Unido, Holanda, Noruega, Suécia, Bélgica e Dinamarca, entre outros).

Indicaram a consequência directa que deste facto decorre - o designado turismo procriativo, que se traduz numa deslocação destas mulheres àqueles países “em busca da realização de um direito à sua realização individual no campo da maternidade, algo a que o legislador nacional lhes fecha a porta, sujeitando-as a inconvenientes e constrangimentos sérios de natureza financeira e jurídica”.

Assim sendo, os deputados socialistas apresentaram as suas propostas de alteração à lei em vigor – tendo algumas delas tido colhimento na Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho –, na tentativa de eliminar “todos os fatores discriminatórios que subsistem” no acesso ao direito à descendência biológica, que deve ser acessível a todos, independentemente do

preenchimento dos requisitos de diagnóstico de infertilidade<sup>61</sup> e de casamento ou união de facto heterossexual, como até então se previa.

Propuseram, conseqüentemente, uma reponderação do carácter estritamente subsidiário do acesso à PMA, fornecendo uma solução que passaria pela alteração do termo usado na lei “métodos subsidiários” para “métodos complementares” (isto com o objectivo de abandonar a “concepção exclusivamente orientada para o tratamento da infertilidade”).

Esta reponderação quanto à letra da lei no art. 4º foi, de resto, uma das concretas propostas de alteração que não teve colhimento na redacção da Lei n.º 17/2016, tendo sido mantido o art. 4º, n.º 1 exactamente como estava: “As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”.

O art. 4º viu ainda ser-lhe acrescentado um n.º 3, que veio estipular o seguinte: “As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade” (sublinhados nossos). Assim, o entendimento tradicionalmente dominante a favor de um carácter exclusivamente subsidiário do acesso à PMA parece ter sido completamente destruído...

Ora, dado que o n.º 1 da norma, que não foi alterado em 2016, sempre disse expressamente que, no nosso ordenamento jurídico, as técnicas de PMA são vistas como um método subsidiário e não alternativo de procriação, vindo o n.º 2 estipular o que significava essa mesma subsidiariedade (“só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou (...) para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”), acontece que à primeira vista, pela letra da lei, caímos na tentação de achar que o legislador de 2016 se está a contradizer: como pode restringir o acesso à PMA a pessoas com diagnósticos de infertilidade e outros quadros clínicos que inviabilizem ou dificultem a procriação natural, e logo a seguir acrescentar que todas as mulheres podem utilizar as técnicas, sejam inférteis ou não?

Este n.º 3 (aditado à LPMA em 2016) deve ser lido conjugadamente com o artigo 6º, referente a quem pode ser beneficiário de técnicas de PMA, nomeadamente no seu n.º 1, que foi alterado também pela Lei n.º 17/2016. Leia-se: “Podem recorrer às técnicas de

---

<sup>61</sup> Ou “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”. Art. 4º, n.º 2 da LPMA.

PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual” (sublinhados nossos).

Desta leitura conjunta podemos interpretar que, tendo o legislador procedido a um alargamento do âmbito dos beneficiários, passando a incluir casais de mulheres e mulheres solteiras, houve a necessidade de adicionar o n.º 3 ao artigo 4º que, lido só por si, parece totalmente incoerente face aos números precedentes<sup>62</sup>.

O mesmo é dizer que, ao admitir que casais homossexuais femininos e mulheres singulares possam ser beneficiárias, em virtude da não discriminação em função da orientação sexual e estado civil das mulheres, se optarmos por uma interpretação literal e irrestrita deste n.º 3, é óbvio que o n.º 1 vai perder o seu sentido útil; vai ser mesmo destruído e substituído por uma autêntica alternatividade.

Porém, achamos que é possível chegar a uma compatibilização prática dos dois normativos, não deitando totalmente por terra a ideia de subsidiariedade, e que passa precisamente pelo raciocínio que achamos ter estado na base do pensamento do legislador: as técnicas de PMA podem ainda ser acedidas por mulheres sós e por casais homossexuais femininos, precisamente porque, não existindo um parceiro do sexo masculino nestas situações, essa circunstância vem inviabilizar, por si só, a possibilidade de uma procriação natural – daí a lei vir dizer que passa a permitir o recurso às técnicas “independentemente de diagnóstico de infertilidade”.

Apesar de a manutenção da corpo textual do art. 4º, n.º1 não ter sido a mais feliz – precisamente porque o leitor pode ser induzido em erro se interpretar irrestritamente a letra da lei (e, como tal, pensamos que seria mais adequada a expressão “método complementar”, que os deputados socialistas propuseram) – achamos que o legislador veio com este preceito, não contradizer-se em relação ao n.º1, mas sim fazer respeitar a própria liberdade de auto-determinação sexual das pessoas, fornecendo uma espécie de válvula de escape a mulheres que, apesar de saudáveis, não desejam reproduzir-se por via

---

<sup>62</sup> “De facto, o n.º 3 do artigo 4º foi introduzido em Junho de 2016 mas mantiveram-se os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, que afirmam o seu contrário, criando dificuldades sérias de interpretação do dispositivo”. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, « ‘Subitamente, no verão passado’: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento», in “*Debatendo a Procriação Medicamentosa Assistida*” pub. cit., p. 109.

sexual natural, seja porque isso as repugna (no caso de duas mulheres casadas ou unidas de facto, não lhes pode ser exigível que tenham uma relação sexual heterossexual com o intuito de procriar, relação esta que não se coaduna com a sua sexualidade – além disso, promover-se-ia por esta via uma espécie de adultério consentido!), seja porque não têm na sua vida ninguém com quem tenham construído uma relação amorosa estável, apesar de terem o grande desejo de constituir família em tempo útil<sup>63</sup>.

Veja-se que já VERA RAPOSO tinha manifestado este raciocínio quanto à restrição de beneficiários que esteve em vigor entre 2006 e 2016, dizendo que “a comum concepção das técnicas reprodutivas como método subsidiário de procriação não serve de justificação bastante à limitação legal, na medida em que é muito complicado, se não efectivamente impossível, que os referidos sujeitos se possam reproduzir naturalmente em condições que os não exponham desmesuradamente a doenças sexualmente transmissíveis nem impliquem uma violentação de princípios básicos do seu modo de vida, como seja a sua opção sexual”<sup>64</sup>.

Logo após se ter tornado conhecido que a ala direita do Parlamento tinha submetido ao TC um pedido de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade da lei, com as alterações feitas em 2016<sup>65</sup>, a deputada socialista Isabel Moreira chegou a defender, num aceso debate sobre a matéria<sup>66</sup>, que este alargamento às mulheres homossexuais e a mulheres sós veio significar uma grande conquista sociológica, dado que a redacção original da LPMA só admitia o recurso de uma mulher à ciência para ter filhos se, por um lado, fosse infértil e, cumulativamente, dependesse “da tutela de um homem”, nas suas palavras, o que teria como consequência directa uma verdadeira punição das restantes mulheres que não tinham reunidos estes requisitos na sua vida pessoal.

---

<sup>63</sup> Entenda-se, durante o período fértil da própria mulher.

<sup>64</sup> VERA RAPOSO, *Em nome do pai...*, ob. cit., p. 50. A autora refere-se à não exigibilidade de promover que uma mulher lésbica tenha uma relação heterossexual que a repugna; mas também não olvida os perigos que tal promoção traria a uma mulher só, mesmo que heterossexual: a exposição e potencial contracção de doenças ou infecções, através do contacto sexual desprotegido, bem como a eventual hipótese de um homem “desconhecido” poder vir a querer exercer poderes parentais sobre a criança que viesse a nascer dessa relação sexual.

<sup>65</sup> O pedido deu entrada na secretaria do TC a 2 de Fevereiro de 2017.

<sup>66</sup> Debate realizado no programa televisivo “Prós e Contras” da RTP, exibido a 6 de Fevereiro de 2017.

Em resposta a isto, o psiquiatra José Gameiro ressaltou que não vê nada contra o alargamento das técnicas a casais de mulheres, mas tão-somente a mulheres sós, fundamentando a sua posição em estudos científicos que comprovam que, às crianças, não fará diferença se têm uma mãe e um pai, duas mães ou dois pais, mas sim a existência, à partida, de uma só figura parental – essa circunstância, outrossim, exercerá uma tendencial influência no desenvolvimento cognitivo e da própria personalidade da criança<sup>67</sup>. O psiquiatra esteve, pois, do lado do deputado Fernando Negrão – o “rosto” à frente do pedido de fiscalização de constitucionalidade – na medida em que, segundo eles, a Lei n.º 17/2016 veio incidir exclusivamente sobre a mulher, esquecendo completamente a criança e os seus direitos.

Devemos admitir não termos conseguido tomar uma posição clara no debate sobre estas matérias. Achamos que o legislador de 2016 acabou por vir consagrar uma alternatividade do acesso às técnicas algo “camuflada” pela continuidade do uso da expressão “subsidiariedade”, e devia ter logo admitido isso; quanto mais não fosse através de uma expressão intermédia (“método complementar de procriação”, como propuseram os deputados socialistas).

De facto, atendendo àquela interpretação – não literal – da Lei n.º 17/2016 (que expusemos supra), pensamos que é precisamente disso que se trata, de uma espécie de complementaridade, pois está-se a proporcionar o acesso à PMA a casais de mulheres e a mulheres solteiras, não porque elas sejam inférteis, mas porque pretendem iniciar um projecto parental sem qualquer intervenção masculina.

Entendemos e respeitamos isto, e estamos muito curiosos para observar se estas novas parentalidades vão ser aceites de forma mais ou menos pacífica; contudo, não podemos deixar de criticar a exclusão de casais de homens e de homens solteiros do âmbito dos beneficiários... mas, dado que quanto a essas pessoas só a gestação de substituição seria viável para tornar real o seu desejo de procriar, e esse instituto se encontra actualmente “em suspenso”, teremos de aguardar para ver se um dos próximos

---

<sup>67</sup> Parece-nos que José Gameiro defende, ainda que implicitamente, que é uma atitude egoísta da própria mulher que a título individual acede às técnicas de PMA, dado que está a privar a criança de ter um pai, não por razões meramente circunstanciais (a possibilidade da morte de um pai antes do nascimento, por exemplo), mas pela sua própria vontade – pouco altruística – de querer realizar, *a priori*, um projecto parental completamente sozinha.

passos do legislador será precisamente esse,<sup>68</sup> dado que corre o risco de ser acusado de incentivar um feminismo exacerbado e até desigualitário, dando às mulheres a hipótese de procriar sem infertilidade e sem figura paterna, mas não dando aos homens a mesmíssima hipótese de procriar sem infertilidade e sem figura materna.

---

<sup>68</sup> Voltaremos a atentar nesta exclusão no ponto da crítica doutrinal à Lei n.º 25/2016.

## CAPÍTULO II: O DIREITO DA FILIAÇÃO E A PMA

### **1. O biologismo como critério orientador do tradicional estabelecimento da filiação**

Propomo-nos agora atentar nos critérios jurídicos da parentalidade aceites no nosso ordenamento, demonstrando brevemente a sua evolução desde o regime puramente biologista – quanto à paternidade, pela presunção de que pai seria o marido da mãe (se casados), e quanto à maternidade, pela máxima de “mãe é quem dá à luz” – até à discussão doutrinal em torno de novos critérios que irão excepcionar aquele.

De facto, tanto o regime jurídico referente à adopção como o referente à PMA vieram constituir importantes desvios ao sistema que, entre nós, funciona como a regra geral em termos de estabelecimento da filiação, pois o CC faz depender os efeitos da filiação da procriação natural.

Já quando GUILHERME DE OLIVEIRA começou a estudar este tema, ao olhar para vários sistemas nacionais, cedo concluiu que “a condição de pai não resultava sempre dos mesmos critérios.”<sup>69</sup>. No passado, a ideia do respeito pelo casamento não se punha em causa, no sentido em que se “impunha a paternidade do marido da mãe, e o respeito pela vontade do homem que podia querer perfilhar ou não perfilhar um filho ilegítimo.”<sup>70</sup>. Em Portugal, a reforma do CC de 1977, apesar de continuar a fazer prevalecer a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*<sup>71</sup>, forneceu novos mecanismos, nomeadamente a possibilidade de investigação da paternidade por parte de filhos nascidos fora do casamento.

Assim sendo, o vínculo jurídico da paternidade, como bem nota este autor, “passou a assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica – cada um tem o pai que a biologia lhe deu.”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios jurídicos da parentalidade», in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra (2016), p. 271.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>71</sup> Presunção (iuris tantum) prevista no art. 1826º do CC.

<sup>72</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios jurídicos...», *ob. cit.*, p. 273.

Ou seja, a lei civil passou a prever que, sendo a mãe casada, funcionará a tal presunção de paternidade do marido<sup>73</sup>; se ela não for casada, o estabelecimento da paternidade operará pelo reconhecimento. No primeiro caso, a presunção será ilidível pelo mecanismo da impugnação de paternidade, nos termos do 1838º ss do CC; no segundo caso, o reconhecimento poderá fazer-se por via da perfilhação ou por via de decisão judicial em acção de investigação<sup>74</sup>. Existe ainda, em situações de paternidade desconhecida, o instituto da averiguação oficiosa da paternidade, consagrado no art. 1864º ss do CC.

Já quanto ao estabelecimento da maternidade, o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro consagrou que a mesma resulta do facto do nascimento<sup>75</sup>, e bastará a mera identificação da mãe, mencionando-se no registo essa maternidade indicada<sup>76</sup>. Se essa maternidade declarada não corresponder à verdade, o art. 1807º do CC consagra a possibilidade da respectiva impugnação. Assim como acontece com a paternidade, também quanto à maternidade se prevê a averiguação oficiosa<sup>77</sup> e o reconhecimento judicial<sup>78</sup>.

Este é o nosso regime geral em termos de estabelecimento de filiação (muito brevemente sintetizado). Sabemos que no âmbito da adopção o panorama será diferente, pois o art. 1987º do CC, na redacção dada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, prevê o seguinte: “Depois de decretada a adopção, não é possível estabelecer a filiação natural do adotado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento.”

Apesar deste “desvio” que a adopção trouxe ao regime geral, tinha-se como aceite a qualificação do sistema português, desde 1977, como biologista, porque assente na ideia de prossecução da verdade biológica para efeitos de estabelecimento da filiação. O critério biológico foi, portanto, o dominante entre nós durante muito tempo – até começarem a surgir situações desviantes que merecem igualmente a tutela do Direito.

---

<sup>73</sup> Cfr. art. 1796º, n.º 2 e art. 1826º, n.º 1 do CC.

<sup>74</sup> Cfr. art. 1847º do CC.

<sup>75</sup> Cfr. art. 1796º, n.º 1 do CC.

<sup>76</sup> Cfr. art. 1803º do CC.

<sup>77</sup> Cfr. art. 1808º ss do CC.

<sup>78</sup> Cfr. art. 1814º ss do CC.

## 2. A progressiva ruptura do critério biologista – o aparecimento de “novas parentalidades”

Com efeito, GUILHERME DE OLIVEIRA enumera três exceções (ou desvios) ao princípio do biologismo<sup>79</sup>:

- 1) Em primeiro lugar, o recurso à inseminação artificial de mulher com sémen de dador - neste caso, como nos diz o art. 21º da Lei n.º 32/2006, o “dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”. O que quer dizer que o fornecedor de material genético masculino não é, não pode ser considerado pai da criança nascida do recurso a esta técnica, remetendo-se essa parentalidade a quem “com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, (...) nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto (...)”. Assim, nestes casos de recurso a PMA heteróloga, “os sistemas jurídicos afastam o critério biológico para seguirem um critério baseado na vontade de aceitar a prática da inseminação e a de assumir o estatuto de pai.”<sup>80</sup>.
- 2) Em segundo lugar, temos a maternidade de substituição, que se apresenta também como um obstáculo ao absolutismo do critério biológico. Neste âmbito, a fornecedora do material genético (ovócito), tanto pode ser a mulher que recorre à técnica, como uma terceira dadora, como ainda a própria mulher que vai gestar o bebé – embora o legislador português de 2016 tenha expressamente proibido esta última hipótese<sup>81</sup>. Ou seja, parece-nos evidente que o critério do parto perderá aqui muita da sua importância pois, nomeadamente nas hipóteses admitidas na nossa LPMA (em que a fornecedora de ovócitos poderá ser, ou a mulher beneficiária ou, em caso de doença ou ausência de órgão desta que a impossibilite de os fornecer, uma dadora estranha ao procedimento concreto), haverá, sempre e necessariamente, uma distinção entre a mãe genética e a mãe que dá à luz a

---

<sup>79</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios jurídicos...», *ob. cit.*, pp. 274 ss.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 274-275.

<sup>81</sup> Como podemos ler no (agora declarado inconstitucional) art. 8º, n.º 3, *in fine* da LPMA: “não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”.

criança. GUILHERME DE OLIVEIRA entende que “o parto deixa de fornecer um critério biológico exclusivo (e, portanto, indiscutível) para a determinação da maternidade.”<sup>82</sup>.

- 3) Em terceiro e último lugar, temos também como obstáculo ao princípio biologista a situação de haver uma dupla maternidade, veiculada através do recurso ao método ROPA (*Reception of oocytes from partner*)<sup>83</sup> por parte de casais homossexuais femininos. O que é que acontece aqui? Uma das mulheres será dadora de ovócitos, que serão inseminados com sémen de dador, e a outra mulher, sua companheira, irá recebê-los para iniciar os nove meses de gestação. Fala-se, portanto, numa dupla maternidade porque “a mulher que prossegue a gestação e tem o parto será a mãe; a segunda mulher pretende ser a segunda mãe, e invoca a qualidade de prestadora do material genético materno.”<sup>84</sup>.

Estas três fragilidades com que o biologismo se depara traduzir-se-ão numa ascensão de um “critério do amor sob a formada vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”<sup>85</sup>, fazendo então prevalecer uma verdade sócio-afectiva em relação a uma verdade estritamente biológica.

Ou seja, pondo agora de parte o caso da adoção, em que necessariamente estas verdades nunca coincidiram, esta distinção entre os dois critérios ganhou ainda mais força, pensamos, graças aos avanços extraordinários das técnicas de PMA, que permitem que, por exemplo, um homem possa ser pai de um bebé para o qual não contribuiu com o seu material genético, havendo assim uma verdadeira “substituição do pai biológico pelo marido da mãe”<sup>86</sup>.

Podemos então assumir, seguindo GUILHERME DE OLIVEIRA, que a designada “«verdade sociológica» serve para constituir a relação de filiação”<sup>87</sup>, ideia que os ordenamentos espanhol e francês desde cedo acolheram sem grandes reservas; entre

---

<sup>82</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>83</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios jurídicos...», *ob. cit.*, p. 275.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 276.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 278.

<sup>86</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critérios jurídicos...», *ob. cit.*, p. 278.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 299.

nós, contudo, tem havido alguma resistência quanto a este aspecto de proteger “as situações de convivência consolidadas e favoráveis ao interesse do filho, contra a acção de impugnação.”<sup>88</sup>.

Assim, apesar de em Portugal ainda não se reconhecer a “ “verdade sócio-afectiva” (a posse de estado de filho) como fundamento normal e suficiente para estabelecer a paternidade ou a maternidade”<sup>89</sup>, o autor considera que já dispomos dos “ingredientes típicos para a evolução”<sup>90</sup>, ingredientes esses que nos ajudarão a caminhar de encontro à “construção de uma parentalidade cada vez mais desligada do ancestral vínculo biológico, e a construção de uma multiparentalidade”<sup>91</sup>.

De facto, a versão de 2016 da LPMA já veio reconhecer as situações de dupla maternidade – note-se que a epígrafe do art. 20º actual fala em determinação de “parentalidade” em vez de “paternidade”<sup>92</sup>, mostrando assim um claro sinal de progresso, ao acolher a possibilidade de “acrescentar uma segunda mãe, cujo estatuto resulta da sua vontade de participar na PMA e de assumir um papel igual ao da mãe biológica.”<sup>93</sup>.

### **3. As questões colocadas pela Lei n.º 17/2016 e pela Lei n.º 25/2016 quanto ao estabelecimento da filiação**

Atentando de novo àquelas três excepções ao princípio do biologismo que GUILHERME DE OLIVEIRA nos ensina, percebemos facilmente que só no seio de PMA heteróloga é que estes problemas quanto ao estabelecimento da filiação se levantam: de facto, se estivermos perante uma PMA homóloga, em que são usados exclusivamente os gâmetas do casal, já não se colocará a questão da não coincidência entre o pai biológico e o pai social ou jurídico (isto partindo obviamente do princípio de que não há erro médico).

Assim sendo, até às alterações de 2016 na LPMA, só aquele primeiro desvio ao biologismo através da PMA era acolhido no nosso país – o da inseminação de uma mulher

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 304.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 303.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 304.

<sup>92</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «Estabelecimento da filiação», in F M PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família* (2017), p. 175.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 179.

casada ou unida de facto com sémen de dador, mediante o consentimento do marido (um consentimento que reveste uma “dupla intenção: uma intenção dirigida à admissão da procriação e uma intenção ulterior de constituição do vínculo de filiação”<sup>94</sup>).

Isto quer dizer que os beneficiários que tenham consentido, em especial aqueles que não serão sujeitos a quaisquer tratamentos por não contribuírem com o seu material genético, não poderão, depois, vir impugnar a sua parentalidade – usamos já esta expressão tendo em conta a nova redacção do art. 20º, n.º 1, dado que a lei passou a admitir que também casais de mulheres possam recorrer à PMA (situações de dupla maternidade).

A Lei n.º 17/2016 trouxe uma novidade que merece destaque: a possibilidade de uma mulher solteira recorrer às técnicas de PMA<sup>95</sup>. Assim, numa frase muito sintética, já existe suporte legal para que uma mulher que não partilhe com ninguém um projecto parental, e mesmo sendo saudável, pode iniciar um procedimento para ser inseminada com sémen de dador. Dado que, neste caso, não há paternidade a ser registada, e o art. 20º, n.º 3 veio dispensar que se averigüe officiosamente essa paternidade incógnita, alguns autores se insurgiram contra isto, nomeadamente ANDRÉ DIAS PEREIRA, que argumentou: “(...) se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima (...), esta norma contradiz todas aquelas considerações, antevendo-se o renascer de filhos “sem pai” ”. Este autor defende ainda que esta circunstância fomenta a criação de duas classes de pessoas: aquelas concebidas através de acto sexual, que terão direito a investigar a sua paternidade, e aquelas com uma paternidade incógnita<sup>96</sup>.

O que é facto é que também esta norma figurou do pedido que a ala direita do Parlamento endereçou ao TC, sendo que este se pronunciou pela não inconstitucionalidade da dispensa de averiguação officiosa da paternidade, neste caso específico de mulher solteira que recorre à PMA: “Cria-se, assim, através do recurso à ciência, uma família monoparental, *ab initio*. Assim sendo, afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação officiosa da paternidade, uma vez que, ainda que

---

<sup>94</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo...*, *ob. cit.*, p. 194.

<sup>95</sup> Já expusemos, em sede própria, as principais motivações para este alargamento.

<sup>96</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, «Filhos de pai anónimo no século XXI!», in *“Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, *pub. cit.*, p. 53.

puddesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida (...) o legislador quis encontrar uma regra diferente para uma realidade também diferente, no que à geração de uma criança diz respeito. Por outro lado, a norma em causa afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança gerada por mulher sozinha com recurso a PMA, designadamente, o respeito pela sua vida privada e familiar”<sup>97</sup>.

Por seu turno, a Lei n.º 25/2016 também trouxe pertinentes questões quanto ao estabelecimento da filiação, fazendo derrogar a regra geral do parto como critério da maternidade, e instituindo que a criança nascida seria tida como filha dos beneficiários. Ora, como veremos, com o Acórdão do TC a declarar inconstitucional a não previsão de um período temporal em que a gestante se viesse a arrepender de entregar a criança, também esse desvio quanto ao normal estabelecimento da filiação (o art. 8º, n.º 7) ficou “em suspenso”.

Podemos concluir esta pequena análise da evolução do estabelecimento da filiação em Portugal dizendo que, quanto à filiação em sede de PMA, realmente existem ainda muitas questões sem resposta, questões essas que ansiamos que uma nova redacção da LPMA venha clarificar; nunca descurando, obviamente, as recentes considerações plasmadas no Ac. TC n.º 225/2018.

---

<sup>97</sup> Ac. TC... p. 1945.

## CAPÍTULO III: A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

### **1. Conceito e modalidades da figura**

A gestação de substituição, tal como está no art. 8º, n.º 1 da LPMA, traduz-se em “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.”. Esta definição legal é muito similar ao já dito por GUILHERME DE OLIVEIRA em 1992, quando se propôs a fazer uma conceptualização do “contrato de gestação para outrem: um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de “mãe””<sup>98</sup>.

Parece-nos que já nesta altura o autor considerava o termo “gestação” mais adequado do que o termo “maternidade”, sendo este último efectivamente utilizado na versão original da LPMA, que cominava com a nulidade todos os negócios jurídicos de maternidade de substituição. Em 2012, o CNECV, no seu Parecer n.º 63, concordou com GUILHERME DE OLIVEIRA, recomendando que “a expressão “maternidade de substituição”, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indicadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica, o CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”<sup>99</sup>.

Seguindo esta linha de pensamento, aquando das alterações do diploma que trouxeram a contratualização da figura em Portugal, veio o legislador deixar de designar “maternidade de substituição” para passar a designar “gestação de substituição”.

---

<sup>98</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>99</sup> Parecer n.º 63 do CNECV, Março 2012, pp. 7-8. No mesmo sentido, VERA RAPOSO também prefere o termo “contrato de gestação”, por dois motivos essenciais: “(...) primeiro, para acentuar que mais do que uma figura de direito da família, esta é uma figura contratual; depois, para sublinhar que a gestante não deve ser qualificada mãe e precisamente por isso nos opomos à gestação simultaneamente genética”. VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, *ob. cit.*, p. 1072.

Esta mudança da terminologia adoptada dever-se-á, precisamente, ao facto de, em 2006, como a prática era totalmente proibida, a mulher que carregasse o bebé era tida para todos os efeitos como mãe deste (independentemente de ser ou não mãe genética) – se o contrato era sempre nulo, não poderia o casal beneficiário ser considerado como pais de uma criança que tinha nascido “na ilegalidade”.

Como acentua MARIA MARGARIDA PEREIRA, “a nova Lei considera que há situações em que as figuras da gestante e da mãe se diferenciam: do que se trata, é de tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica). A mulher que gera e dá à luz é meramente a gestante”<sup>100</sup>. Esta ideia vai também de encontro ao defendido pelo CNECV em 2012 quanto à mudança de terminologia, mudança com a qual concordamos inteiramente.

Vejam agora quais são as diferentes modalidades possíveis de gestação de substituição. Seguindo o elenco fornecido por VERA RAPOSO<sup>101</sup>, temos várias possibilidades:

- 1) Fecundação de óvulo pertencente à mulher que vai suportar a gravidez (a “gestante de substituição”, de acordo com a nova terminologia enunciada supra) com sémen do elemento masculino do casal beneficiário – esta é, de resto, a prática mais comum;
- 2) Fecundação de óvulo de uma dadora com sémen do homem do casal beneficiário, implantando-se no útero da gestante;
- 3) O contrário da possibilidade anterior, ou seja, a fecundação de óvulo da mulher do casal beneficiário com sémen de dador;
- 4) Fecundação dos dois gâmetas pertencentes ao casal beneficiário, fazendo-se uma transferência desse embrião para a gestante;
- 5) Fecundação do óvulo da gestante com sémen de terceiro (pode ser um dador estranho ao processo ou até o próprio marido desta);
- 6) Fecundação de óvulo de dadora com sémen de dador, fazendo-se a transferência para o útero da gestante.

---

<sup>100</sup> MARIA MARGARIDA PEREIRA, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei de gestação de substituição*, Revista Julgar Online (RJO) (2017) p. 12.

<sup>101</sup> VERA RAPOSO, *De mãe para mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, p. 13, Coimbra Editora (2005).

Tendo estas seis hipóteses mediante as quais esta técnica de PMA é possível, note-se que as possibilidades 1), 2), 3) e 4) têm como denominador comum a ligação genética de, pelo menos, um dos membros do casal contratante ao bebé, enquanto que nas possibilidades 5) e 6) já não existe essa ligação, pois ambos os fornecedores do material genético são externos ao casal beneficiário (casos de procriação totalmente heteróloga).

Diga-se a este respeito que, destas seis, apenas as hipóteses 2), 3) e 4) foram acolhidas na nossa LPMA, na redacção dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. Porquê? Antes de mais, porque o legislador fez questão que as situações concretas de gestação de substituição em Portugal não fossem de tipo puramente heterólogo, exigindo que pelo menos um dos gâmetas fosse fornecido pelo casal beneficiário (excluindo assim do nosso modelo de gestação de substituição as hipóteses 5) e 6) ).

Mas então e a hipótese 1), que também pressupõe que o sémen seja do pai beneficiário (não sendo, pois, totalmente heteróloga)? Essa hipótese que, como dissemos, se traduz na prática mais comum, é pelo legislador português claramente repudiada, porque implica que o óvulo utilizado na fecundação pertence à própria mulher que vai carregar o bebé durante 9 meses – assim, deixaria essa mulher de ser considerada “meramente” gestante para ser, indubitavelmente, a mãe biológica da criança que carrega, criança essa que depois deverá ser entregue ao casal com o qual contratou!

Esta modalidade de gestação de substituição é, na nossa opinião, chocante e potencialmente motora de muitos problemas a surgir, desde logo quanto ao estabelecimento da filiação do bebé. Achamos nós que o legislador de 2016 esteve exemplarmente bem neste ponto, ao vedar em absoluto, no art.º 8, n.º 3 da LPMA, a possibilidade de a gestante de substituição fornecer o ovócito a ser fecundado.

Veremos noutra sede que a doutrina se pronunciou criticamente quanto a este modelo legalmente consagrado em 2016, nomeadamente apontando questões quanto à dignidade da gestante e da criança a nascer, e criticando a escolha do legislador ao não permitir o arrependimento daquela após o parto.

Vejamos agora quatro das classificações mais relevantes da “maternidade de substituição”, que nos ajudarão a diferenciar os vários tipos de situações “em cima da mesa”<sup>102</sup>:

---

<sup>102</sup> Seguimos JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo, ob. cit.*, pp. 180-181.

- 1) Distinção entre uma gravidez obtida através de relação sexual, ou obtida por meio de técnica de PMA;
- 2) Distinção relativa à titularidade do ovócito: se pertence à mulher que carrega o bebé; à mulher que o irá receber; ou a uma dadora de ovócitos;
- 3) Distinção entre a gratuitidade e a onerosidade do contrato;
- 4) Distinção entre a gestante ser familiar da beneficiária, ou não ter essa ligação.

## **2. A gestação de substituição em alguns ordenamentos estrangeiros**

Faremos agora o exercício de averiguar brevemente de que formas e com que limites é que a gestação de substituição é vista noutros países, e conseqüentemente, onde é que um contrato deste tipo é tido como válido. É preciso ter em atenção que esta questão dependerá da forma como se encara a liberdade contratual<sup>103</sup>.

Tendo em conta a diferenciação existente entre a doutrina romano-germânica (mais resistente à aceitação da figura) e a doutrina anglo-americana (que oscila entre a permissão e a aceitação), atentemos primeiro a este último sistema, para depois vermos mais de perto o romano-germânico, cujas tendências legislativas costumamos acompanhar.

De facto, este breve exercício de direito comparado, para além de nos ajudar a entender o fenómeno do turismo procriativo<sup>104</sup>, também nos faz observar quais os exemplos internacionais que ajudaram o nosso legislador a elaborar a nossa Lei n.º 32/2016.

### **2.1 O sistema anglo-americano:**

#### **2.1.1 Reino Unido**

O modelo britânico de gestação de substituição funda-se no *Surrogacy Arrangements Act*, de 16 de Julho de 1985, diploma que veio permitir os contratos

---

<sup>103</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO faz notar precisamente que “o sistema romano-germânico contém mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano”. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, ob. cit., pp. 182-183.

<sup>104</sup> “A discrepância de regulamentação nos vários países deu origem a um fenómeno de turismo reprodutivo, ou seja, de migrações dos Estados com sistemas jurídicos mais restritos nesta matéria para aqueles outros que se revelam mais liberais”. VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, ob. cit., pp. 1100-1101.

gratuitos, mas não os onerosos. O sistema deste país institui como beneficiários casais hétero e homossexuais, vedando o acesso a pessoas singulares.

Apesar de se proibir o contrato comercial, é admitida uma retribuição monetária à gestante pelas “despesas razoavelmente realizadas”, quantia essa que será avaliada casuisticamente em tribunal, para apurar se é ou não considerada “desproporcional ao que a lei chama de despesas razoavelmente realizadas”<sup>105</sup>.

O legislador prevê que a criança, ao nascer, é havida como filha da mulher que a gerou e do seu marido/companheiro (apesar de não haver ligação genética). Em tribunal faz-se, pois, uma ratificação retrospectiva<sup>106</sup> de cada processo de gestação de substituição: a gestante tem sempre, após o parto, 6 semanas de reflexão obrigatórias; passado esse período, e até aos 6 meses de vida do bebé, se continuar a querer entregar a criança, o que faz é “requerer a transferência de parentalidade para os pais contratantes mediante uma *Parental Order*, pedido este que é apreciado por um juiz depois de avaliar o melhor interesse da criança e de verificar se existem ou não interesses económicos em jogo. Caso a transferência seja bem sucedida será elaborado um novo registo de nascimento com o nome dos pais contratantes”<sup>107</sup>.

Quanto à possibilidade de revogar o consentimento que o sistema britânico garante à gestante após o parto, RAFAEL VALE E REIS<sup>108</sup> entende que o Reino Unido esteve bem ao colocar o problema no âmbito do direito da família e não no do direito contratual, precisamente porque dá a criança como filha da gestante e seu marido, sendo depois necessária a intervenção judicial *a posteriori* para estabelecer os vínculos de filiação.

Este autor é muito claro ao propor que o nosso ordenamento venha a seguir o exemplo deste país em matéria de gestação de substituição. De facto, quando o legislador

---

<sup>105</sup> MARCELO DE ALCANTARA, *Maternidade de substituição no estrangeiro: filiação com ou sem fronteiras?*, LM, A. 8, N. 16 (2011), p. 100.

<sup>106</sup> RAFAEL VALE E REIS, *Erro crasso na maternidade de substituição*, artigo de opinião no jornal Público (20/07/2016).

<sup>107</sup> VERA RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, *ob. cit.*, p. 1081.

<sup>108</sup> RAFAEL VALE E REIS, *Gestação de substituição: fenómeno e fenomenologias*. (Corresponde à intervenção oral deste autor no “II Colóquio Gestação de Substituição: Perspectivas Internacionais”, Coimbra, 09/04/2019). Texto ainda não publicado.

criou o nosso modelo *sui generis* em 2016, já conhecia o modelo britânico desde 1985, que até hoje permanece sólido e é, na sua opinião, preferível a todos os outros.

O autor ressalva, porém, que está neste momento em cima da mesa uma alteração legislativa para 2021, que prevê uma possível antecipação da *parental order*, de modo a que a criança nasça já filha dos beneficiários.

### 2.1.2 Estados Unidos da América

Neste país existem concepções diferenciadas quanto à admissibilidade e requisitos dos contratos da gestação de substituição, concepções essas que variam de estado para estado. Assim, com o *Uniform Statuts of Children os Assisted Conception Act*, foram aprovados dois modelos de regulamentação, “de forma a que cada Estado opte pelo regime que mais lhes convenha: ou a nulidade dos contratos ou a sua admissibilidade (...) a questão é deixada à liberdade de regulamentação de cada Estado e, em certa medida, à regulamentação de associações médicas, quando tal seja permitido”<sup>109</sup>. Não há, por conseguinte, uma lei geral para todo o país, na medida em que cada estado poderá estabelecer as condicionantes que ache adequadas. Vejamos alguns exemplos.

Há efectivamente alguns estados permissivos quanto à admissibilidade e até onerosidade do contrato: *maxime*, o Estado da Califórnia, que prevê que haja um verdadeiro pagamento à gestante, que pode ser, ou não, mãe genética da criança. Neste Estado podem ainda contratar com as gestantes indivíduos singulares, tanto femininos como masculinos (como esquecer Cristiano Ronaldo e os seus primeiros três filhos – filhos cuja mãe ninguém sabe quem é...?).

Note-se então que, ao contrário do que foi previsto em Portugal em 2016, os estados norte-americanos permissivos não impõem as condições clínicas como a ausência de útero – ou seja, até uma mulher saudável, por “mero capricho”, pode recorrer a uma gestante de substituição – pensemos no exemplo típico da modelo ou actriz que não quer passar pelas modificações físicas que uma gravidez acarreta...

Por seu turno, Washington só permite a celebração de contratos gratuitos, não havendo, porém, uma sanção prevista para a possibilidade de haver um pagamento<sup>110</sup>; e a Flórida interdita o acesso à gestação de substituição a pessoas não casadas. Há depois

---

<sup>109</sup> VERA RAPOSO, *De mãe para mãe...*, ob. cit., p. 106.

<sup>110</sup> OMAIDA VAN-DÚNEM, *Maternidade de...*, ob. cit., p. 99.

estados proibitivos (Indiana, Nebraska...) e ainda estados com posições dúbias, “quer devido à total ausência de lei (...) quer devido à pouca transparência da lei existente”<sup>111</sup>.

## 2.2 O sistema romano-germânico

### 2.2.1 França

Atentemos agora aos países inseridos no sistema romano-germânico, alguns deles com uma tradição totalmente proibitiva e que se mantém até aos dias de hoje. É o caso francês, onde se prevê uma nulidade absoluta dos contratos de gestação de substituição<sup>112</sup>, encarando-se a figura como uma verdadeira equiparação à venda de crianças<sup>113</sup>.

Esta proibição total tem gerado muita polémica, muito devido aos entraves que o quadro legal coloca aos franceses que recorrem a gestantes em países permissivos. Vejamos neste contexto o que escreve MARCELO DE ALCANTARA<sup>114</sup>: “Apesar de a lei não vedar expressamente a possibilidade de os beneficiários que venham a realizar o tratamento no estrangeiro estabelecer posteriormente a filiação com a criança, os tribunais franceses têm constantemente decidido pela proibição. Assim, mesmo que os beneficiários busquem o estabelecimento da filiação por posterior adoção, (...) isso será contestado pelo ministério público e anulado pelos tribunais franceses”.

Resultam desta circunstância conflitos graves ao nível do direito internacional privado – pensemos nas situações de bebés nascidos na Califórnia e registados como filhos dos beneficiários franceses, que, ao retornarem ao seu país, se deparam com o não reconhecimento desse vínculo, dado que “contraria a ordem pública internacional francesa, porque ofende o princípio da indisponibilidade do estado da pessoa (...)”<sup>115</sup> – face a esta “intransigência”, ficam estes bebés a viver em França como estrangeiros...

O autor refere ainda que, apesar de os tribunais franceses demonstrarem ser muito consistentes com a sua lei proibitiva ao negarem o estabelecimento da filiação a favor dos beneficiários – desde logo porque consideram que a mãe continua a ser quem suportou a gravidez –, “os maiores prejudicados por esta consistência e coerência são as crianças, já

---

<sup>111</sup> VERA RAPOSO, *De mãe para mãe...*, *ob. cit.*, p. 107.

<sup>112</sup> Lei n.º 94/653, de Julho de 1994, e art. 16-7 do *Code Civil*.

<sup>113</sup> VERA RAPOSO, *De mãe para mãe...*, *ob. cit.*, p. 102.

<sup>114</sup> MARCELO DE ALCANTARA, *Maternidade de substituição...*, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 101.

que continuam vivendo com os beneficiários, como sempre estiveram desde o nascimento, mas sem que tal relação seja reconhecida pelo direito”<sup>116</sup>.

### 2.2.2 Grécia

A Grécia, país que tradicionalmente não admitia a gestação de substituição, surpreendeu a Europa quando a passou a regular plenamente. A substituição altruística tornou-se legal em 2002<sup>117</sup> (art. 1458º do Código Civil grego, pela aprovação da Lei 3089/2002 – em especial o seu art. 8º), surgindo uma regulamentação mais detalhada três anos depois, com a Lei 3305/2005.

A lei grega veio assim admitir apenas contratos gratuitos e gestacionais<sup>118</sup> – à semelhança do que a nossa Lei n.º 25/2016 veio prever, a gestante não pode ser simultaneamente dadora do ovócito - , por outro lado, não há obrigatoriedade de qualquer ligação genética ao(s) beneficiário(s)<sup>119</sup>, e a confidencialidade dos dados de gâmetas está obrigatoriamente protegida.

Há lugar a uma avaliação judicial que verifica os pressupostos; estando estes preenchidos, o tribunal pré-autoriza a gestação, estabelecendo-se depois a filiação a favor dos pais intencionais após o nascimento. O quadro legal deste país veio também desincentivar o turismo procriativo, pois institui a obrigatoriedade de os intervenientes no processo terem residência habitual no território grego.

Chegados ao fim deste pequeno percurso pelo Direito Comparado, percebemos que é muito complicado chegar a uma uniformização através, por exemplo, de uma convenção internacional em matéria de gestação de substituição. Isto porque a lei aplicável para o estabelecimento da filiação nunca é sempre a mesma, o que potencia grandes discrepâncias entre os vínculos estabelecidos nos países de destino (onde a criança nasceu) e os países de origem dos beneficiários, como vimos que acontece em França e noutros países proibitivos.

---

<sup>116</sup> *Idem*, p. 104

<sup>117</sup> ARISTIDES N. HATZIS, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in SSRN Electronic Journal (2010).

<sup>118</sup> Seguimos HELENA MOTA, «A gestação de substituição no DIP português», in “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, *pub. cit.*, p. 68.

<sup>119</sup> Beneficiários para a lei grega são apenas casais heterossexuais e mulheres singulares.

MARCELO DE ALCANTARA<sup>120</sup> conclui assim que “parece difícil imaginar uma convenção internacional que determine regras uniformes sobre a lei aplicável para o estabelecimento da filiação que, ao mesmo tempo, satisfaça o objetivo primordial da maternidade de substituição, que é fazer dos beneficiários pais legais da criança, sem contrariar a ordem pública de um país que proíba tal prática”.

O desafio passará, portanto, por “superar as imensas divergências, não só legais, mas também éticas e morais (...) [de modo a poder] atingir o consenso necessário para fixar regras e princípios gerais” que possam resolver algumas das questões que digam respeito à filiação da criança nascida nessas condições.

### **3. O contrato de gestação de substituição – algumas reflexões**

A gestação de substituição levanta tantas questões e problemas que se torna necessária a contratualização da figura; contratualização essa que se consubstancia num acordo escrito entre duas partes (a mulher que vai suportar a gravidez, e a mulher ou casal que vão receber e criar a criança que dessa gravidez vier a nascer).

Estamos aqui a falar de três fases que, em conjunto, consubstanciarão um processo levado a bom termo<sup>121</sup>: a negociação dos termos do acordo; a sua celebração; e o subsequente cumprimento. Na perspectiva da gestante, depois de celebrar o acordo, ela passará por quatro sub-fases dentro da fase de cumprimento propriamente dita: a concepção, a gestação, o parto e a entrega, entrega essa que inclui o reconhecimento da filiação a favor da mulher ou casal que com ela contratou. Através desse reconhecimento, a mulher que dá à luz abstém-se de exigir para si quaisquer direitos ou deveres parentais sobre a criança.

Mas, impõe-se saber, qual a natureza deste contrato?

- a) Não é um contrato de compra e venda, pois tal implica a transmissão de propriedade e obrigação de entrega de uma coisa, mediante o pagamento de um preço (art. 879º do CC), que não é o que está aqui em causa – trata-se de um acordo que tem como “fim último” a entrega de uma pessoa; para além

---

<sup>120</sup> MARCELO DE ALCANTARA, *Maternidade de substituição...*, *ob. cit.*, p. 105. 5

<sup>121</sup> Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, *ob. cit.*, pp. 179 ss.

- disso, aqui deparamo-nos com uma obrigação prévia à entrega propriamente dita – “a mãe de substituição vincula-se a iniciar e completar uma gravidez”<sup>122</sup>;
- b) Também não configurará um aluguer, desde logo devido à expressão “uma das partes obriga-se a proporcionar à outra o uso temporário de uma coisa”<sup>123</sup>; nem aceitamos que o útero de uma mulher seja visto como uma coisa passível de uso temporário, nem que este contrato seja reduzido a “uma disponibilização do útero para uma gestação em benefício de terceiro”. De facto, a gestante não deve ser encarada simplesmente como “mera detentora” de um órgão saudável que irá viabilizar a pretensão dos beneficiários, mas sim como uma pessoa na sua plenitude – não é só o útero que passa ou suporta a gravidez; toda a vida da mulher se altera de alguma forma durante aqueles nove meses;
- c) Parece que a figura contratual que mais se aproxima será uma prestação de serviço atípico, dado que a gestante se vincula a entregar o fruto da sua gestação, indo assim de encontro ao preceituado no art. 1154º do CC (“uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”). A atipicidade de que falamos refere-se ao facto de esta concreta prestação de serviço não estar tipificada no CC (art. 1154º ss do CC). Ademais, tal como alerta VERA RAPOSO<sup>124</sup>, este contrato é revestido por algumas especificidades (que advêm de interesses conflitantes de especial sensibilidade), sendo pois exigível que se faça uma adequação do direito estritamente contratual, dado que há a necessidade de proporcionar soluções específicas para regulamentar da melhor forma os concretos processos.

Estas são as notas essenciais que atravessam todos os contratos de gestação de substituição. A partir do momento em que um certo tipo de contrato de gestação for reconhecido como válido num dado sistema jurídico, isso quer dizer que, do ponto de vista civil, “nascem desse acordo direitos e obrigações para cada um dos intervenientes, cujo cumprimento pontual e completo se espera; e isto significa, também, que a falta de

---

<sup>122</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>124</sup> VERA RAPOSO, *Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*, Revista do Ministério Público (RMP), A. 38, N. 149 (2017), pp. 23-24.

cumprimento espontâneo de alguma obrigação justificará que o credor exija o seu cumprimento em tribunal”<sup>125</sup>.

Importa então tentar perceber em que moldes específicos é que aceitamos a validade deste tipo de negócio jurídico. Achamos nós que a circunstância de o contrato ser oneroso ou gratuito vem influenciar tudo o resto, isto é, as soluções que se alcancem poderão ser radicalmente diferentes consoante a opinião que se tenha quanto à onerosidade ou gratuitidade.

Antecipamos desde já que a doutrina portuguesa é tendencialmente esmagadora em relação à invalidade do contrato oneroso, tendo sido a pedra-toque a partir da qual o legislador construiu o nosso modelo em 2016; seguimos inteiramente essa concepção, esse ponto de partida segundo o qual um contrato de gestação pago entraria directamente em rota de colisão com o espírito do nosso sistema jurídico inteiro – e portanto não se afigura provável que, pelo menos nos próximos tempos, essa opção seja sequer encarada como viável. Contudo, achamos pertinente indicar alguns dos argumentos mais “clássicos” nesta sede:

1) A coisificação da criança:

Contra o acordo oneroso surge em primeiro lugar um dos argumento mais óbvios – como escreve GUILHERME DE OLIVEIRA, o argumento segundo o qual o pagamento traz consigo uma degradação e coisificação da pessoa, atentando seriamente contra a dignidade da pessoa humana; se “a mulher geradora recebe uma quantia em dinheiro contra a entrega de uma criança isso significa que se estabeleceu um preço do bebé (...)”<sup>126</sup>, o que poderia levar rapidamente a um (inadmissível) tabelamento de preços, feito segundo as características de cada bebé...<sup>127</sup>.

Contra este raciocínio argumentam os defensores do contrato oneroso que o que se paga não é o bebé, mas o serviço da gestação em si mesmo. Isto pode parecer compreensível à primeira vista; contudo, na esteira deste autor,

---

<sup>125</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>126</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp. 22-23.

<sup>127</sup> Esta ideia de um “mercado de bebés”, que nos repugna, foi proposta por alguns autores, partindo do pressuposto honesto de que “mais vale um mercado aberto, com regras estabelecidas e bem conhecidas, do que um tráfico clandestino (...)”. *Idem*, pp. 15-16.

percebemos que “o que interessa ao casal que pretende o filho não é o serviço de gestação... mas sim o produto final; não pagam para assistir a uma gravidez da mulher geradora mas sim para que esta (...) lhes entregue o recém-nascido”<sup>128</sup>.

2) O perigo da exploração da mulher pobre pela mulher rica:

Este argumento parece-nos óbvio, no sentido de que não é preciso uma reflexão extremamente profunda para chegar à conclusão de que uma mulher rica não terá necessidade financeira que a faça gerar um bebé para desconhecidos<sup>129</sup>. Ou seja, a partir do momento em que se admite um verdadeiro pagamento que extravase as despesas decorrentes da gravidez, é quase certo que quem se irá “oferecer” para o fazer será a mulher de um estrato social baixo. Não estamos com isto a dizer necessariamente que a mulher mais pobre o faria exclusivamente por precisar de dinheiro – estamos a dizer que a mulher mais rica nunca o faria por essa razão. Como tal, cria-se uma diferenciação entre os dois “grupos” de mulheres.

E agora poder-se-ia contrapor que tudo na vida é assim, que uma mulher mais pobre se presta a trabalhos “mais humildes” do que a mulher rica se prestaria, e que essa é a própria ordem das coisas. Pensamos que as situações não são minimamente comparáveis, pois achamos chocante que a “actividade” de gerar para outrem seja sequer pensada como uma profissão.

3) O paralelismo com a adopção paga e a venda de órgãos:

Do mesmo modo que não admitimos “a compra e venda de partes do corpo ou de faculdades íntimas”<sup>130</sup>, nem tão-pouco que se pague a quem quer que seja para adoptar uma criança (tais práticas são criminalizadas no art. 160º do CP), achamos poder ser de estabelecer um paralelo com o contrato de gestação oneroso, porque existe um “denominador comum” nestes três casos: uma

---

<sup>128</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>129</sup> Só o faria por razões afectivas para com o casal beneficiário em sofrimento – caso do processo de uma avó disposta a gerar o neto que, por já ter iniciado as respectivas terapêuticas antes do Ac. TC n.º 225/2018, não foi extinto pela declaração de inconstitucionalidade. Cfr. a notícia *Só um processo de gestação de substituição se mantém activo*, in *Jornal Público* (29/05/2018).

<sup>130</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 36.

contrapartida monetária a troco de bens situados fora do âmbito do “comércio jurídico”: “um filho que se teve e não se pode educar em condições razoáveis, uma parcela do organismo, ou a faculdade reprodutiva de uma mulher”<sup>131 132</sup>. Assim, dando como assente este pressuposto, e quanto mais não seja por razões de coerência sistemática, não fará sentido repudiar umas situações e aceitar outras, se todas elas implicam certos bens que não podem ser objecto de comercialização... Com isto queremos dizer que, se achamos chocante que se adopte alguém ou que se extraia um órgão por um preço, tal choque e perplexidade também se estenderão a um contrato de gestação de substituição pago.

#### **4. O modelo *sui generis* alcançado em Portugal em 2016**

“Alguém escreveu que as novidades, nestes domínios sensíveis, começam por ser rejeitadas, passam a ser toleradas, e acabam por ser aceites”<sup>133</sup>. É interessantíssimo vermos que o que GUILHERME DE OLIVEIRA preconizou há quase trinta anos veio efectivamente a realizar-se: de facto, neste período temporal foi-se percebendo uma progressiva abertura da sociedade em relação a este nosso tema (sensível e controverso) da gestação de substituição – em 1992 o autor chegou a concluir, depois de ponderar sobre as várias questões que a figura colocava, e a sua aceitação (ou não) além-fronteiras, que a gestação de substituição era “um fenómeno perturbante demais para ser bem aceite”<sup>134</sup>. Entretanto, muita coisa mudou.

Abster-nos-emos de voltar a falar do percurso histórico que levou à introdução da gestação de substituição no nosso ordenamento jurídico, porquanto já aludimos a esse caminho supra. Tentaremos, assim, focar a nossa atenção no concreto modelo de gestação de substituição, legalizado no nosso país com a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>132</sup> A este respeito, acrescenta o autor: “É possível que a afirmação de que o homem está fora do comércio jurídico não passe de um preconceito, mas será daqueles cuja eliminação tem vantagens muito duvidosas, qualquer que seja o propósito dos seus oponentes”. *Idem*, p. 39.

<sup>133</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 97.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 97.

Esta lei trouxe-nos um modelo que, apesar de lhe reconhecermos virtualidades, não veio resolver várias questões que se impunham para se concluir imediatamente pelo sucesso da gestação de substituição em Portugal – tanto assim foi, que nem dois anos completos chegou a estar em vigor, como já sabemos.

O que veio então estipular o art. 8º da LPMA, na redacção dada pela Lei n.º 25/2016? Vejamos as notas mais cruciais desta “reconstrução” do preceito legislativo que estava em vigor desde 2006:

- 1) A lei veio admitir a celebração destes negócios mediante situações clínicas excepcionais que afectem a mulher em causa (nomeadamente a ausência de útero ou outras patologias que sejam impeditivas de uma gravidez – ou que tornem a gravidez muito perigosa para o feto e/ou para a grávida);
- 2) Terá de ser sempre um contrato gratuito, ressalvando-se as quantias relativas às despesas tidas com o acompanhamento de saúde da gestante;
- 3) É também requisito obrigatório que o material genético do bebé pertença a, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário – não se permitindo, pois, que a PMA seja totalmente heteróloga;
- 4) O legislador português estipulou ainda que a gestante nunca possa ser a dadora do ovócito. Veda-se assim, entre nós, a modalidade mais comum de gestação de substituição – a de a gestante ser inseminada com o sêmen do membro masculino do casal beneficiário, tornando-se assim, simultaneamente, mãe genética da criança que vai dar à luz;
- 5) O contrato só será válido se não houver uma relação de subordinação económica entre as duas partes (gestante e beneficiários);
- 6) Quanto ao estabelecimento da filiação, o legislador de 2016 consagrou que a criança será havida como filha dos beneficiários, em derrogação da regra geral que define o parto como critério de estabelecimento da maternidade, e da consequente presunção de paternidade quanto ao marido da mulher que deu à luz (art. 1796º do CC);
- 7) No que concerne às questões relacionadas com o consentimento das partes, o art. 8º remete para o art. 14º, de onde destacamos o n.º 4: “O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos”, bem como o n.º 5, que estipula que os preceitos sobre o consentimento dos beneficiários se estendem à gestante de substituição;

- 8) O contrato tem de ser escrito e incluir cláusulas que disponham sobre a eventual ocorrência de malformações, bem como sobre uma eventual IVG. Este contrato escrito não pode incluir cláusulas de restrição de comportamentos à gestante, nem cláusulas atentatórias dos seus direitos, liberdade e dignidade;
- 9) Contratos que não respeitem cumulativamente estes requisitos (bem como outros que não referimos aqui, que são de carácter mais “burocrático”) terão como consequência a nulidade.

#### **4.1 A crítica doutrinal – uma antecipação da inconstitucionalidade:**

Feita esta súmula do enquadramento legal do nosso modelo de gestação de substituição, verificamos que houve questões que foram acolhidas de forma pacífica e outras que nem tanto, vindo a doutrina mesmo antecipar que alguns destes preceitos se situavam ao arrepio de princípios constitucionalmente consagrados.

Por conseguinte, alguns dos requisitos estipulados na lei (nomeadamente a obrigatoriedade de o contrato ser gratuito; a gestante não poder ser mãe genética; não poder haver subordinação económica, etc.) foram recebidos de forma consensual. Atentaremos, como tal, àqueloutros que serviram de base às principais críticas dirigidas à Lei n.º 25/2016.

##### **4.1.1 O esquecimento do legislador quanto à IVG:**

Em primeiro lugar, apontou-se de imediato uma lacuna grave nesta redacção legislativa – o CNPMA notou que não tinha sido acautelado o direito à interrupção voluntária da gravidez (IVG) por opção da mulher até às dez semanas. Em relação a isto, RAFAEL VALE E REIS foi da opinião de que estaria assim a promover-se a existência de uma nova categoria de mulheres, que, por terem celebrado um contrato gratuito no sentido de gerar um bebé para outrem, deixariam de ter acesso à IVG por sua vontade até às dez semanas, circunstância que, em pleno séc. XXI, não devia ser admissível<sup>135</sup>.

Como já referimos supra, o Governo veio “emendar a mão” quanto a este problema, através do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, cujo art. 4º já veio

---

<sup>135</sup> RAFAEL VALE E REIS, *O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*, artigo de opinião no *Jornal Observador* (09/08/2017).

ressalvar o período de dez semanas para proceder a uma IVG não punível, conforme o art. 142º, n.º 1, al. e) do CP.

De facto, anos depois da luta intensa que foi travada para conseguir legalizar a IVG em Portugal – que foi de encontro à vontade dos portugueses no segundo referendo sobre a matéria, culminando na Lei n.º 17/2007, de 17 de Abril – chocar-nos-ia que o nosso legislador tivesse, deliberada e intencionalmente, excluído as gestantes do acesso à IVG em relação às demais mulheres, que podem abortar “sem qualquer restrição”, isto é, a seu pedido; entre nós não é necessário que a mulher tenha sido abusada sexualmente, por exemplo, para poder não prosseguir com a gravidez.

Assim sendo, após ter saído aquele diploma regulamentar, o contrato-tipo elaborado pelo CNPMA já veio confirmar essa possibilidade de ocorrer uma IVG<sup>136</sup>.

#### **4.1.2 A não previsão de limites etários das partes do contrato:**

Em segundo lugar, critica-se o facto de não se ter estipulado idades mínimas nem máximas para se ser gestante de substituição, nem tão-pouco para os pais intencionais. Em relação à gestante, quanto a esta omissão VERA RAPOSO vem alertar que seria relevante atestar que a mulher que se disponibilize a gestar para outrem tenha “suficiente maturidade psicológica para desempenhar a função (...) (o que é diferente da maturidade conferida pela maioridade), averiguada mediante uma prévia avaliação psicológica”<sup>137</sup>. Em relação ao casal beneficiário, achamos que talvez se possa colmatar esta falha através de uma analogia com o estabelecido em relação às idades do(s) adoptante(s), com as devidas adaptações<sup>138</sup>.

VERA RAPOSO anota, porém, que “as mulheres incapazes de se reproduzirem devido a limitações derivadas da idade têm desde sempre sido aceites pelas clínicas privadas de PMA, que consideram a sua incapacidade para procriar como uma forma de infertilidade (...) poderá o mesmo raciocínio ser transposto para a gestação de substituição, de forma a admitir a pós-menopausa como uma das situações clínicas justificáveis à luz do artigo 8.º/2?”<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. a consideração introdutória h) do contrato-tipo de gestação de substituição.

<sup>137</sup> VERA RAPOSO, *Tudo aquilo que você... ob. cit.*, p. 41.

<sup>138</sup> Cfr. *Guia Prático Adoção* (Instituto da Segurança Social, I.P.), de 03/10/2017, p. 4/18..

<sup>139</sup> VERA RAPOSO, *Tudo aquilo que você..., ob.cit.*, p. 27.

Não tendo ficado líquido o que é que esta expressão “situações clínicas que o justifiquem” significa, e se abarca alguma patologia inerente à idade da mulher, defende a autora que caberá ao CNPMA esclarecer a questão.

#### **4.1.3 A exclusão de casais homossexuais masculinos (e homens singulares)**

É ainda passível de crítica a exclusão de casais homossexuais masculinos e de homens singulares do acesso à gestação de substituição. De facto, este problema já não terá directamente que ver com a Lei n.º 25/2016, mas sim com a Lei n.º 17/2016, que alargou o âmbito dos beneficiários de PMA a casais de mulheres e mulheres singulares. Ora, dado que a única hipótese para um homem só ou casal de homens terem um filho através de PMA será, obviamente, através do acesso à gestação de substituição, era preciso que esta última lei o tivesse previsto.

Não conseguimos entender o porquê desta “discriminação parcial” em função do género do(s) beneficiário(s); já supra referimos, a propósito do renovado art. 4º da LPMA, que, mesmo que a pessoa não seja infértil, não lhe deve ser exigível que tenha relações sexuais (com alguém externo ao seu projecto parental) com o estrito e único propósito de procriar, indo até contra as suas próprias opções de vida. VERA RAPOSO descrê que esteja aqui em causa uma discriminação de carácter homofóbico, ou tão-pouco de apreensão quanto à família monoparental; se assim fosse, nenhum sentido faria o alargamento operado pelo legislador na Lei n.º 17/2016<sup>140</sup>.

Apesar disto, continuamos a achar muito incoerente a posição do legislador, em ter alargado o acesso “àsqueles”, mas não “àsqueles” – esquecendo agora por um momento as mulheres e homens singulares<sup>141</sup>, se fizermos um exercício de comparação entre a necessidade de casais lésbicos acederem à gestação de substituição *versus* a mesma necessidade por parte de casais gays, verificamos que é extremamente improvável que ambas as mulheres que formam o casal lésbico não tenham útero ou sofram das restantes

---

<sup>140</sup> *Idem*, pp. 26-27.

<sup>141</sup> Até porque a questão do acesso de homens singulares à gestação de substituição não se coloca (pelo menos, não para já), dado que a existência de um casal é sempre exigida. Ou seja, apesar de uma mulher singular poder aceder às técnicas de IA e FIV, entre outras, também a ela lhe é vedado o acesso à gestação de substituição, mesmo que sofra das patologias exigidas pelo art. 8º, n.º 2 da LPMA. Neste sentido, *vide* PABLO PÉREZ NAVARRO: “Em consequência, a gestação de substituição continuará, para os projetos familiares sem mães, a ser uma opção completamente restringida a quem tenha a possibilidade de investir enormes quantias de dinheiro para aceder a esta técnica no estrangeiro”, *in* artigo de opinião *Só gerarás para o casal heterossexual*, *Jornal Público* (17/04/2017).

patologias exigidas; com isto queremos dizer que é muito mais provável que os casais de mulheres estejam (apenas) aptos a recorrer às técnicas de IA e FIV mas não à gestação de substituição, do que os casais de homens – que não sofrem daquelas patologias exigidas no art. 8º porque, pasme-se, não é biologicamente possível que as tenham! Por conseguinte, como defende VERA RAPOSO, achamos ser imperativo que o legislador explique “o porquê deste regime diferenciado”<sup>142</sup>.

#### **4.1.4 A não consagração do direito de arrependimento da gestante após o parto:**

Entramos agora no domínio da (não) previsão legislativa que suscitou mais controvérsia: a não consagração legal de um período temporal no qual a gestante se possa arrepender e desistir de entregar a criança nascida ao casal beneficiário.

Digamos em primeiro lugar que, no próprio dia da votação do diploma, foi suprimido um número do art. 8º que dispunha que “caso a gestante de substituição assim o declare no período de 48 horas após o parto, é a mesma havida como mãe da criança nascida”<sup>143</sup>. Assim, optando-se pela não consagração deste normativo na redacção final que foi aprovada, surgiu na sequência dessa opção uma forte crítica, que se fez chegar tanto da parte da ala direita do Parlamento, como da parte da doutrina. O normativo mais invocado neste âmbito é o art. 81º do CC, que transcrevemos:

“Artigo 81º - Limitação voluntária dos direitos de personalidade:

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

Foi este princípio referente à livre revogabilidade quanto à limitação voluntária de direitos de personalidade que esteve na base da maior crítica dirigida ao legislador. RAFAEL VALE E REIS considerou que o art. 8º veio assim representar um “ataque

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>143</sup> MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia...*, *ob. cit.*, p. 168.

feroz” a este princípio basilar do nosso ordenamento jurídico<sup>144</sup>, defendendo, pois, que em caso algum tal princípio deve ser derogado ou afastado. Por conseguinte, este autor defende que, em casos muito contados, nos quais a ligação intrauterina seja de tal forma intensa que coloque a gestante num estado psicológico tal que lhe seja horrivelmente difícil entregar o ser humano que carregou durante 9 meses, tal vontade deve ser acolhida e respeitada, sob pena de uma grave violação da dignidade da pessoa humana.

Propõe, então, que se adopte o regime do Reino Unido – que já sintetizámos supra – como forma de solucionar este problema, dado que nesse país se faz uma avaliação casuística de cada processo (o juiz vai analisar o caso concreto sob a premissa “O processo correu bem ou correu mal?”, vindo a estabelecer a filiação a favor dos beneficiários se, e só se, a gestante, após o período de reflexão, requerer a transferência mediante uma *parental order*, e se a criança já estiver a viver com os beneficiários). Com este modelo, defende o autor que as partes já estão previamente cientes dos riscos que o processo poderá trazer; isto é, que as coisas poderão não vir a acontecer como esperam<sup>145</sup>.

Esta crítica à não consagração legal de um período durante o qual a gestante possa recusar entregar a criança foi apoiada por mais autores, entre os quais MARIA MARGARIDA PEREIRA, que defendeu que “nunca se deverá considerar que tal acordo respeita a dignidade da gestante e os seus direitos se lhe não for dado um prazo razoável para decidir após a vivência do parto”<sup>146</sup>. Foi também esta razão que, de resto, esteve na origem de consecutivos adiamentos no Parlamento aquando da votação do regime<sup>147</sup>.

Por seu turno, VERA RAPOSO admite que ao longo dos anos mudou de posição quanto a esta matéria – em 2005, começou por defender a existência de um prazo para a gestante poder decidir, mas agora, e tendo em conta a evolução do instituto, refere que cada vez mais se inclina para a recusa deste direito ao arrependimento pós-parto, pelo

---

<sup>144</sup> RAFAEL VALE E REIS, *Erro crasso... art. cit.*

<sup>145</sup> O autor acha que é “tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário. Assim, mais vale avisar os destinatários que a gestação de substituição é arriscada para (todos) os envolvidos”. RAFAEL VALE E REIS, *O difícil caminho... art. cit.*

<sup>146</sup> MARIA MARGARIDA PEREIRA, *Uma gestação inconstitucional..., ob. cit.*, p. 20.

<sup>147</sup> *Texto final sobre maternidade de substituição em vias de ser aprovado*, notícia in *Jornal Público* (18/06/2014).

menos quando a gestante não é ao mesmo tempo quem fornece o óvulo<sup>148</sup> (em Portugal só assim esteve estipulado na Lei n.º 25/2016).

#### **4.2 O juízo de inconstitucionalidade:**

É este último problema que referimos que nos dá o mote para entrarmos no âmbito da pronúncia do TC, plasmado no Ac. TC n.º 225/2018, que já referimos ao longo do nosso texto. Não iremos fazer a sua análise exaustiva, até porque não foi a isso que nos propusemos, e um grande nível de detalhe daria para ocupar dissertações inteiras; tentaremos, outrossim, vislumbrar as preocupações que os juízes-conselheiros demonstraram ter quanto ao êxito da figura da gestação de substituição no nosso país, e quais as possíveis soluções que se possam vir a adoptar para refazer uma lei que já não contenha desconformidades com o texto constitucional.

Faça-se desde já a devida e relevante ressalva: ao arrepio de parte do pedido dos deputados requerentes, o TC entendeu que a gestação de substituição, só por si e no modelo traçado pelo legislador de 2016, não é inconstitucional, negando assim a proibição absoluta do instituto, algo que tinha sido requerido pelos signatários, que argumentaram que “em nome de um direito a constituir família e de um direito à intimidade da vida privada e familiar, não só assistimos à coisificação da mãe de substituição mas, também, constatamos que a criança que vier a nascer é tratada como um produto (...) algo que contraria frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada no valor da dignidade da pessoa humana”<sup>149</sup>.

Avaliando esta primeira parte do pedido, considerou o TC que<sup>150</sup>:

- a) “a gratuitidade da gestação de substituição consagrada no ordenamento português é um dos traços essenciais e o legislador adotou medidas efetivas tendentes a garanti-la minimamente (...)”;
- b) É “manifestamente exagerado considerar-se que a gestação de substituição implica uma subordinação da gestante em todas as dimensões da sua vida ao interesse dos beneficiários, como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a «escravatura temporária» consentida”;

---

<sup>148</sup> VERA RAPOSO, *Tudo aquilo que você..., ob. cit.*, pp. 22-23.

<sup>149</sup> Ac. TC..., p. 1891.

<sup>150</sup> Ac. TC..., pp. 1908 ss.

- c) “A gestação de substituição tem (...) uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa (...) o direito de constituir família e o direito de procriar”;
- d) “a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada; pelo contrário, a sua participação na gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade (...)”;
- e) “o recurso à gestação de substituição para concretizar um projeto parental, *só por si*, também não viola a dignidade da criança nascida (...)”.

Numa frase, os juízes-conselheiros entendem que um modelo de gestação de substituição que esteja assente na excepcionalidade, gratuidade e solidariedade, como foi o nosso, não constitui uma violação directa contra a dignidade da gestante e da criança, nem tão-pouco derroga o dever do Estado de proteger a infância.

Chegando a esta primeira conclusão, o TC entendeu que, não obstante a não inconstitucionalidade do instituto, havia certos aspectos particulares do regime que não foram devidamente ponderados, violando a CRP, a saber<sup>151</sup>:

1) Quanto à gestação de substituição:

A excessiva indeterminação legal do art. 8º, n.ºs 4, 10 e 11, quanto à escassa limitação à autonomia das partes do contrato, o que carrega consigo um grau de imprevisibilidade inadmissível;

A limitação operada pelos já citados art. 8º, n.º 8 e art. 14º, n.º 5, quanto à não revogabilidade do consentimento, pelo menos até ao parto;

A insegurança jurídica decorrente do regime da nulidade do contrato, consagrado pelo art. 8º, n.º 12, nomeadamente em sede do estabelecimento da filiação.

2) Quanto à regra geral de confidencialidade dos dadores de material genético, em vigor desde a LPMA original:

É inconstitucional o art. 15º, n.ºs 1 e 4, pois impõem uma restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade,

---

<sup>151</sup> Cfr. Comunicado de 24 de Abril de 2018 – Acórdão n.º 225/2018.

devendo, pois, a regra-geral ser revertida: a exceção passar a ser o anonimato, e não o contrário.

3) Quanto à dispensa de averiguação oficiosa da paternidade, plasmada no art. 20º, n.º 3, o Tribunal mais uma vez optou pela improcedência desta parte do pedido, não considerando a norma inconstitucional.

Achamos pertinente agora indicar a crítica feita por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO quanto àquela distinção que o TC fez entre o modelo e algumas das suas concretizações legislativas: “Creio que esta separação entre o modelo e o regime que o concretiza é contestável, pois (...) é a partir de um determinado regime que se pode construir o modelo que lhe corresponde”, e, como tal, não se pode pôr em causa, por exemplo, “a determinação do vínculo de filiação adotada pelo legislador português sem pôr em causa o modelo que este consagrou”; este autor diz que o TC, ao propor o restabelecimento do critério geral da filiação, decorrente de ter reconhecido um direito ao arrependimento da gestante, está a criar um modelo alternativo e não a preservar aquele outro modelo que diz ser apto a vigorar, embora contenha inconstitucionalidades<sup>152</sup>.

Percebemos os dois raciocínios, tanto o do TC como o deste autor; mas de qualquer das formas, e em termos práticos, o que achamos ser de concluir é que o TC veio, com a improcedência daquela parte do pedido a que aludimos supra, incentivar o legislador a não deixar “cair” um instituto que considera benéfico à prossecução plena do direito a constituir família por parte de casais cuja mulher (ou mulheres) padeça das patologias do art. 8º, n.º 2 – isto apesar dos obstáculos que lhe coloca pela frente... isto é, o TC incentiva o legislador a tentar, numa nova redacção, superar os vazios legais que estiveram na base do juízo de excessiva indeterminabilidade da Lei n.º 25/2016, bem como a superar alguns vícios que, na sua douda opinião, inviabilizam a efectivação prática e bem sucedida do instituto da gestação de substituição em Portugal.

Assim sendo, e quanto à questão específica do arrependimento da gestante, veio o TC declarar inconstitucionais o art. 8º, n.º 8 e o art. 14º, n.º 5 da Lei n.º 25/2016, por “violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o

---

<sup>152</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores», in *Livro de Atas do Colóquio Internacional “Que futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?”*, Coimbra (22/06/2018), p. 27.

princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos (...)”<sup>153</sup>.

Na fundamentação deste aresto, os juízes-conselheiros questionaram “até que ponto é que um consentimento prestado *ainda antes da gravidez*, relativamente a todo o processo da gestação de substituição (...) é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo. (...) Inexistindo um esclarecimento suficiente, a escolha realizada também não poderá considerar-se verdadeiramente livre”<sup>154</sup>. Concluíram, pois, que estes normativos estavam desconformes com o princípio da intervenção mínima nos DLG’s dos cidadãos (art. 18, n.º 2 da CRP), especialmente aqueles plasmados no art. 1º e art. 26º, n.º 1, bem como no art. 36º, n.º 1 da CRP.

Consequentemente, declararam também inconstitucional o art. 8º, n.º 7 da LPMA, repondo o estabelecimento da filiação segundo o critério do parto (ou seja, a favor da gestante e seu marido, e portanto, em desfavor dos beneficiários).

Os juízes-conselheiros entenderam que a possibilidade de arrependimento da gestante tem de ser assegurada, pelo menos, até ao nascimento do bebé, visto ser o momento em que, para todos os efeitos, deixa de existir uma relação bilateral (beneficiários e gestante) para passar a haver uma relação trilateral (beneficiários, gestante e criança).

Assim, é a partir desse momento que consideram ser imperativo fazer respeitar o superior interesse da criança, interesse esse “que deve presidir à solução do conflito entre os dois projetos parentais. (...) A partir do momento em que o conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante não pode deixar de relevar juridicamente, atentos os interesses fundamentais da gestante, o critério principal para a respetiva solução tem de ser o *superior interesse da criança*. E tal só é possível no quadro de uma avaliação casuística, pois de outro modo negar-se-ia a condição de sujeito de direitos da criança em violação da sua dignidade e o Estado violaria o seu dever de proteção da infância (...)”<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Cfr. al. b) da Decisão do Ac. TC n.º 225/2018, pp. 1945-1946.

<sup>154</sup> Ac. TC..., p. 1922.

<sup>155</sup> Ac. TC..., p. 1926.

### **4.3 A reacção ao Acórdão: as possíveis soluções que levem ao êxito da gestão de substituição em Portugal:**

No rescaldo desta decisão, e havendo uma “devolução” da lei à Assembleia da República, o Grupo de Trabalho para a PMA (GT-PMA), criado pela Comissão de Saúde, reiniciou os seus trabalhos, apreciando novos projectos-lei entretanto elaborados, e fazendo novas audições às entidades e pessoas especializadas nestas matérias. Referimo-nos especialmente às recentíssimas reuniões deste GT-PMA, para apreciação da viabilidade do Projecto de Lei n.º 1030/XIII/4ª do Bloco de Esquerda (BE).

Podemos fazer uma nota prévia a esta exposição, dizendo que muito do que foi defendido nestas audições parlamentares, especialmente por parte da actual presidente do CNPMA Carla Rodrigues e do juiz-desembargador Eurico Reis (ex-presidente do mesmo órgão) veio dar-nos muito alento na fase final deste estudo, no sentido em que veio ajudar a consubstanciar a reflexão pessoal que, ao longo da nossa investigação, temos vindo a construir...

Por conseguinte, diga-se em primeiro lugar que este projecto do BE, datado de Novembro de 2018, foi elaborado pelos deputados no sentido de fazer cumprir o estipulado no Acórdão; nas palavras do deputado Moisés Ferreira, o partido discorda da decisão quanto ao arrependimento da gestante, mas está empenhado em respeitá-la. Propuseram assim, com aquele projecto de lei, a quinta alteração à LPMA<sup>156</sup>, onde se passa a prever a revogabilidade do consentimento da gestante até ao momento do registo (20 dias após o nascimento); revogam-se os normativos referentes ao regime de nulidade; e dá-se uma maior concretização ao que deve e não deve constar do contrato celebrado entre as partes. Os deputados bloquistas propõem ainda dois aditamentos: um artigo que se refira aos direitos da gestante (art. 13º-A), e outro que se refira aos seus deveres (art. 13º-B).

Neste ensejo, veio o CNPMA apontar alguns vícios ao projecto bloquista; vícios esses que a decisão do TC “obrigou a que existissem, mas que poderão ser minimizados ou mitigados”. Um deles traduz-se num desequilíbrio gigantesco agora introduzido entre a posição da gestante e a do casal; o TC, achando que a autonomia e dignidade da gestante não estavam plenamente asseguradas, acabou por desequilibrar a “balança de interesses”

---

<sup>156</sup> Cfr. Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4ª BE.

no sentido contrário – agora é o casal beneficiário que se encontra numa posição fraquíssima em relação àquela.

Aponta este Conselho, com o qual concordamos inteiramente, que surge assim uma prevalência do contributo gestacional em detrimento do contributo genético (que terá sempre de existir, pelo menos da parte de um dos membros do casal), bem como do investimento emocional, financeiro, etc., que esse casal depositou no processo ao longo daqueles meses; no mesmo sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO enfatiza que “o que a gestante pretende, em caso de arrependimento, não é apenas deixar de cumprir: é aproveitar-se das prestações da contraparte para realizar um fim exclusivamente próprio, contrário ao fim negocialmente ajustado. (...) De titulares únicos de um projeto parental que, com a colaboração da gestante, se concretizara com o nascimento, [os beneficiários] passam retrospectivamente a meros *participantes forçados* na criação de um vínculo de filiação assumido por outros”<sup>157</sup>.

Outro dos vícios que o CNPMA invoca é que o facto de o TC ter recomendado a avaliação casuística em sede judicial, tal circunstância leva a uma secundarização do interesse da criança em relação ao da gestante, através de uma desvalorização da identidade genética do bebé, sujeitando-o a uma indefinição do seu destino após o seu próprio nascimento, sendo tal possibilidade violadora da Convenção Universal dos Direitos da Criança (CUDC).

Dito isto, Carla Rodrigues (em representação do CNPMA) veio também alertar o GT-PMA para o contacto que o CNPMA teve com as várias partes dos nove processos que deram entrada naquele órgão durante o escasso tempo em que tal foi permitido, dizendo que desse contacto foi possível retirar várias e importantes conclusões. Nesse sentido, vem propor que se “aperte a malha”, aproveitando a futura alteração legislativa que tenha de ser conforme ao Acórdão – isto é, e nas palavras de Carla Rodrigues, “não basta alterar cirurgicamente os artigos declarados inconstitucionais; é preciso fazer uma intervenção mais abrangente para minimizar e prevenir estes vícios”.

---

<sup>157</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «Breve análise de duas...», *ob. cit.*, pp. 31-32.

O CNPMA apresenta assim um documento interessantíssimo, onde elenca cinco preocupações principais e propostas de alteração<sup>158</sup>:

- 1) Para reforçar a excepcionalidade do recurso à gestação de substituição, propõe-se que seja retirada a expressão “situações clínicas que o justifiquem” do art. 8º, n.º 2, pois dá azo a uma margem de interpretação onde “pode caber tudo”. A alteração passará por prever unicamente casos de ausência ou lesão do útero; Carla Rodrigues refere que as mulheres sem útero são as únicas em Portugal cujo problema não pode ser resolvido com qualquer tratamento de fertilidade, criando-se assim uma desigualdade até em relação a mulheres que têm problemas de fertilidade mas que, não obstante, podem engravidar;
- 2) Defendem que se deve estabelecer requisitos quanto à condição de gestante, propondo que ela já tenha sido obrigatoriamente mãe e tenha mantido todos os direitos e deveres parentais quanto a esse(s) seu(s) filho(s);
- 3) O CNPMA entendeu também que, para minimizar o risco de arrependimento após o parto, uma das soluções “preventivas” dessa mesma possibilidade passará pela obrigatoriedade de existir uma relação familiar, ou de amizade muito próxima, entre a gestante e, pelo menos um dos beneficiários. Assim, poderá ser gestante uma mãe, irmã, tia, sobrinha, prima “direita”, cunhada ou adoptante da beneficiária ou do beneficiário. Não havendo ligação familiar, mas se houver uma amizade e afinidade muito próxima, que possa ser comprovada documentalmente (por exemplo, essa amiga ter sido madrinha de casamento dos beneficiários; ou um dos beneficiários ter sido padrinho ou madrinha de baptismo do(s) filho(s) daquela), o Conselho entende que esta possibilidade também virá reduzir o risco de revogação do consentimento da gestante;
- 4) Carla Rodrigues propôs ainda que venha a ser previsto um parecer obrigatório prévio da Ordem dos Psicólogos, a atestar o estado psicológico e emocional das partes (indo parcialmente de encontro ao art. 13-A, n.º 1, al. d) do projecto em apreciação, onde se propõe que se inclua na futura lei que um dos direitos

---

<sup>158</sup> Cfr. o documento “Breves notas sobre a gestação de substituição – Preocupações do CNPMA e propostas de alteração”.

da gestante é ter acompanhamento psicológico antes, durante e após a gravidez);

- 5) Por fim, e tendo como base a experiência que o Conselho adquiriu ao acompanhar os nove processos que deram entrada durante o período temporal em que tal foi possível<sup>159</sup>, propõe-se que a futura lei se aplique somente a pessoas com residência permanente em Portugal, e quem não a tenha se regerá pelo seu estatuto pessoal. O CNPMA acha que não se deve fomentar o turismo procriativo, circunstância que irá obviamente trazer aos beneficiários – e à própria criança, nascida em território português! – diversos problemas em sede de direito internacional privado e em sede de estabelecimento da filiação, quando esse casal regressar com o bebé ao seu país de origem. Isto não será do nosso interesse: por um lado pela defesa do superior interesse da criança – nascida em território português! –, e por outro, porque estaremos a potenciar violações da ordem pública internacional desses países: “(...) se um casal originário do País “x” onde a gestação de substituição é ilegal vier a Portugal apenas e só para esse efeito, estará a cometer fraude à lei do seu País de origem, na medida em que se está a subtrair à aplicação do seu próprio ordenamento jurídico, o que deverá ser evitado”<sup>160</sup>.

Tecendo uma consideração adicional quanto a esta intervenção da presidente do CNPMA, podemos asseverar que concordamos inteiramente com a maioria destas propostas de “minimização dos riscos”. De facto, ainda antes desta reunião entre os deputados do GT-PMA e o CNPMA (que teve lugar a 28 de Maio de 2019), tínhamos já formado a convicção pessoal de que faz todo o sentido que a gestante deva ser alguém muito próximo do casal beneficiário.

O raciocínio é mais ou menos este: a partir do momento em que optámos (e muito bem) pela consagração de um modelo gratuito, é natural e lógico que apenas seja candidata a gestante uma mulher muito ligada ao casal (no mínimo, a um dos seus

---

<sup>159</sup> Carla Rodrigues referiu que, desses nove processos, apenas três das candidatas a gestante eram portuguesas, e que também receberam vários casais de beneficiários estrangeiros, que se deslocaram ao nosso país com esse único propósito.

<sup>160</sup> “Breves notas sobre...”, *doc. cit.*, p. 5.

elementos), que tenha observado o sofrimento conjunto do casal por não ter condições de levar avante uma gravidez.

Ora, essa mulher, num espírito de pura solidariedade (e até porque estará também ela “a sofrer” pela dor dos seus familiares ou amigos) nunca irá estar preocupada com qualquer contraprestação; fará até questão de a não receber – alguém imagina uma mãe, irmã, etc., que tenha gerado e dado à luz um bebé que vai entregar à sua filha(o) ou irmã(o), e que esteja depois à espera de algum tipo de pagamento que extravase as despesas que teve? Nós não imaginamos, daí podermos reafirmar que a opção que foi tomada pelo carácter gratuito do contrato vem, naturalmente, condicionar (filtrar, se quisermos) o leque de mulheres dispostas a um acto com este nível de altruísmo.

Refira-se neste ponto que o TC veio, de resto, confirmar esta influência fulcral da gratuitidade sobre o comportamento da gestante: “(...) a gratuitidade é mais uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia. (...) Para haver gestação de substituição de acordo com as disposições da LPMA, os beneficiários têm de querer ser pais e a gestante tem de querer que os beneficiários sejam pais (...) este *projeto parental*, sem deixar de ser próprio dos beneficiários, é também *partilhado* pela gestante: os beneficiários e a gestante querem *todos* que os primeiros tenham uma criança que seja sua filha, não obstante ter sido dada à luz pela segunda (...)”<sup>161</sup>.

Olhando agora de uma forma muito breve para a intervenção do juiz-desembargador Eurico Reis no GT-PMA, e apesar de seguir em grande parte as considerações expressas pelo CNPMA, órgão que durante anos liderou, é possível ver que ele adota algumas posições mais “liberais”: por exemplo, Eurico Reis diz que, “pela própria natureza das coisas, a gestante nunca andarà muito longe [do círculo mais próximo dos beneficiários], dado que estamos a falar de um contrato em que tem de haver confiança no outro contraente”. Deste modo, considera não ser importante que essa exigência entre na lei, como o CNPMA propôs; antes defende que essa decisão deve ser deixada à liberdade individual das pessoas. Sobre a questão do turismo procriativo, Eurico Reis observou que a nossa solução devia ser “trans-europeia”, e que não devemos privar pessoas residentes fora do nosso país de aceder ao nosso modelo.

---

<sup>161</sup> Ac. TC... pp. 1908-1909.

Achamos estar em condições de concluir este capítulo da gestação de substituição reafirmando que, apesar das questões sensíveis que o instituto coloca, e não esquecendo que estamos ainda numa fase muito instável – dado que ainda não temos lei definitiva que permita que o CNPMA aceite processos concretos – achamos que o caminho se revela favorável à consolidação de uma figura que consideramos ser benéfica para a prossecução do direito fundamental a constituir família. Por conseguinte, pensamos que o Parlamento não se deve abster de aprovar uma nova lei que transforme um modelo que é legal mas, por agora, inacessível, de maneira a suprir as desconformidades com a CRP, e ponderando todos os interesses da forma mais equilibrada que for possível, tentando não desvirtuar as notas essenciais desse mesmo modelo; achamos que tal caminho a seguir passará, não só mas sobretudo, pelas propostas do CNPMA que enunciámos supra.

## CONCLUSÃO

Chegamos ao fim deste estudo com um sentimento de dever cumprido. A análise global que fizemos da PMA no nosso país fez-nos perceber que estamos perante matérias em constante mutação e desenvolvimento, e as respostas que tínhamos como assentes há uns anos atrás, hoje em dia já não são suficientes.

Atentámos à categorização dos direitos reprodutivos, admitidos implicitamente na CRP; indicámos as modalidades de PMA admitidas no nosso ordenamento, e outras que não o são; fizemos uma abordagem cronológica da regulamentação das diferentes técnicas em Portugal ao longo dos anos, observando a redacção original da LPMA; vimos de perto a “mudança de mentalidades” quanto ao carácter estritamente subsidiário do acesso à PMA, e quanto ao recentíssimo alargamento do leque de beneficiários, com a Lei n.º 17/2016.

Vimos também em que termos veio a PMA introduzir desvios ao estabelecimento da filiação: o tradicional critério biológico foi abrindo espaço ao aparecimento de um critério sócio-afectivo, baseado na vontade e não no ADN; vimos que as alterações de 2016 à LPMA vieram introduzir novos vínculos, mas também novas questões (a da paternidade incógnita, no caso de uma mulher solteira recorrer a dador de sémén; a do estabelecimento da filiação em favor dos beneficiários no caso de gestação de substituição, só para mencionar as duas questões mais “fracturantes”).

Já no âmbito da gestação de substituição propriamente dita, falámos do conceito e modalidades possíveis do instituto; vimos brevemente como é que alguns países permissivos e proibitivos encaram a figura e lidam com ela; atentámos a alguns argumentos que considerámos relevantes para mostrar o nosso apoio a algumas das opções tomadas na Lei n.º 25/2016 (algumas proibições que em boa hora o legislador veio estipular, nomeadamente a proibição de pagamento que extravase as despesas da gestante; a proibição de esta mulher ser simultaneamente a dadora do ovócito; e ainda a obrigatoriedade de pelo menos um dos gâmetas pertencer ao casal contratante); fornecemos uma ideia essencial quanto à decisão do TC sobre alguns aspectos do regime legal de 2016, olhando finalmente para algumas soluções viáveis de integrar uma futura lei que já esteja completamente alinhada com o texto constitucional.

Não podemos deixar de fazer uma nota sobre uma matéria fracturante e muito conexas daquelas que abordámos, mas que infelizmente, devido a razões relacionadas com

os limites de extensão desta nossa dissertação, foi impossível analisarmos: falamos do anonimato dos dadores de gâmetas. Digamos apenas que, apesar de a confidencialidade do dador ter sido a regra-geral desde 2006, as questões e debates relativos ao direito ao conhecimento das origens genéticas foram ganhando cada vez mais força e apoio nos últimos anos, vindo o TC em 2018 a pronunciar-se em desfavor dessa regra geral e invertendo-a: o sigilo quanto à identidade civil do dador passa a ser a exceção e não a regra em Portugal. Apesar de o Acórdão não ter estabelecido limites temporais, o que achámos altamente criticável, dadas as legítimas expectativas das pessoas que doaram o seu material genético sob a “protecção” de cláusulas sigilosas, muito recentemente (e para nosso “alívio”) vieram os deputados aprovar uma norma transitória que salvaguarda esses direitos adquiridos de quem doou enquanto vigorava o regime-regra do anonimato.

Dito isto, e em jeito de conclusão desta nossa dissertação, não podemos deixar de nos sentir muito gratos por tudo aquilo que aprendemos ao longo destes últimos meses, tendo a certeza de que iremos continuar a acompanhar os progressos quanto a estas matérias, avanços esses que irão ter lugar – esperamos – já na próxima legislatura.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **A) Obras e artigos científicos:**

- ALCANTARA, Marcelo de, *Maternidade de substituição no estrangeiro: filiação com ou sem fronteiras?*, in *Lex Medicinæ* (LM), A. 8, N. 16 (2011)
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Lei N.º 32/2006 sobre procriação medicamente assistida*, *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), A. 67, III (2007)
- GUIMARÃES, Maria Raquel, «‘Subitamente, no verão passado’: A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento», in *Publicação correspondente a atas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, Porto e FDUP (16 e 17 de Março de 2017), disponível em <https://www.cije.up.pt/publications/debatendo-procria%C3%A7%C3%A3o-medicamente-assistida-0>
- LOUREIRO, João, *Filhos de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida*, *Lex Medicinæ* (LM), A. 3, N. 6 (2007)
- MOTA, Helena, «A gestação de substituição no DIP português», in *Publicação correspondente a atas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, Porto e FDUP (16 e 17 de Março de 2017), disponível em <https://www.cije.up.pt/publications/debatendo-procria%C3%A7%C3%A3o-medicamente-assistida-0>
- NETO, Luísa, «O (novo) regime da Procriação Medicamente Assistida: Possibilidades e restrições», in *Publicação correspondente a atas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, Porto e FDUP (16 e 17 de Março de 2017), disponível em <https://www.cije.up.pt/publications/debatendo-procria%C3%A7%C3%A3o-medicamente-assistida-0>
- OLIVEIRA, Guilherme de, «Critérios jurídicos da parentalidade», in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra (2016)
- OLIVEIRA, Guilherme de, «Estabelecimento da Filiação», in COELHO, F M PEREIRA / OLIVEIRA, Guilherme de, *Direito da Família* (2017)
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Aspectos jurídicos da Procriação Assistida*, *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), III, Dezembro (1989)

- OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma – duas! O contrato de gestação*, Coimbra Editora (1992)
- PEREIRA, André Dias / RAPOSO, Vera, *Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, Lex Medicinæ (LM), A. 3, N.6 (2007)
- PEREIRA, André Dias, «Filhos de pai anónimo no século XXI!», in Publicação correspondente a atas do Seminário Internacional “*Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*”, Porto e FDUP (16 e 17 de Março de 2017), disponível em <https://www.cije.up.pt/publications/debatendo-procria%C3%A7%C3%A3o-medicamente-assistida-0>
- PEREIRA, Maria Margarida, *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei de gestação de substituição*, in Revista Julgar Online (RJO) (2017), disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>
- PINHEIRO, Jorge Duarte, «Procriação medicamente assistida», in AA.VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina (2005)
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, AAFDL (2018)
- PINTO, Diana Soares, *Gestação por outrem: uma vida a todo o custo?*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (Especialização em Ciências Jurídico-Forenses), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013)
- RAPOSO, Vera, *De mãe para mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora (2005)
- RAPOSO, Vera, *Direitos Reprodutivos*, Lex Medicinæ (LM), A. 2, N. 3 (2005)
- RAPOSO, Vera, *Em nome do Pai (... Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães)*, Lex Medicinæ (LM), A. 3, N. 6 (2007)
- RAPOSO, Vera, *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Edições Almedina (2012)
- RAPOSO, Vera, *Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*, in Revista do Ministério Público (RMP), A. 38, N. 149 (2017)

- REIS, Rafael Vale e, «Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na procriação medicamente assistida?», in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina (2016)
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores», in *Livro de Atas do Colóquio Internacional “Que futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?”*, Coimbra (22/06/2018), Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (Dezembro 2018)
- SILVA, Miguel Oliveira da, *Eutanásia, suicídio ajudado, barrigas de aluguer – Para um debate de cidadãos*, Editorial Caminho (2017)
- VAN-DÚNEM, Omaidá, *Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família*, Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas, apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (2018)

## **B) Jurisprudência:**

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril (publicado a 7 de Maio de 2018 em Diário da República), disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>
- Comunicado de 24 de Abril de 2018 – Acórdão n.º 225/2018, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa0200-bd4453.html>

## **C) Outros documentos relevantes (Pareceres, Projectos de Lei, etc.):**

- “Breves notas sobre a gestação de substituição – Preocupações do CNPMA e propostas de alteração”, documento apresentado pelo CNPMA ao GT-PMA da Comissão de Saúde da Assembleia da República em 28/05/2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112513&fbclid=IwAR21GI0arn9VfKAwxdr-A7JSKngqbF-9HJhtbZ2wI-kkMssTMvNgYfBu03M>
- Guia Prático Adoção (Instituto da Segurança Social, I.P.), de 03/10/2017, disponível em [http://www.seg-social.pt/documents/10152/24032/N32\\_adocao/eda1d840-7306-49b7-a699-cbfa9d8d604c](http://www.seg-social.pt/documents/10152/24032/N32_adocao/eda1d840-7306-49b7-a699-cbfa9d8d604c)
- Modelo de contrato-tipo de gestação de substituição elaborado pelo CNPMA, disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo\\_GS.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf)

- Parecer n.º 63/CNECV/2012 (Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição), Março de 2012, disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>
- Parecer n.º 87/CNECV/2016 (Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS) ), Março de 2016, disponível em [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756\\_P%20CNECV%2087\\_2016\\_PMA%20GDS.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf)
- Projecto de Lei n.º 1030/XIII/4ª (BE) (Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição (quinta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), 27/11/2018, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43154>
- Projecto de Lei n.º 6/XIII/1ª (PS) (Segunda Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida), 23/10/2015, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39762>

#### **D) Artigos de opinião ou de informação em meios de comunicação social:**

- HATZIS, Aristides N., *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in SSRN Electronic Journal (2010), disponível em [https://www.researchgate.net/publication/228145584\\_The\\_Regulation\\_of\\_Surrogate\\_Motherhood\\_in\\_Greece](https://www.researchgate.net/publication/228145584_The_Regulation_of_Surrogate_Motherhood_in_Greece)
- NAVARRO, Pablo Pérez, *Só gerarás para o casal heterossexual*, artigo de opinião no Jornal Público (17/04/2017), disponível em <https://www.publico.pt/2017/04/17/sociedade/opinia/so-geraras-para-o-casal-heterossexual-1768918>
- REIS, Rafael Vale e, *Erro crasso na maternidade de substituição*, artigo de opinião no Jornal Público (20/07/2016), disponível em <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opinia/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>
- REIS, Rafael Vale e, *O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*, artigo de opinião no Jornal Observador (09/08/2017), disponível em <https://observador.pt/opinia/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>
- *Só um processo de gestação de substituição se mantém*, notícia no Jornal Público (29/05/2018), disponível em

<https://www.publico.pt/2018/05/29/sociedade/noticia/so-um-processo-de-gestacao-de-substituicao-se-mantem-activo-1832483>

- *Texto final sobre maternidade de substituição em vias de ser aprovado*, notícia no Jornal Público (18/06/2014), disponível em <https://www.publico.pt/2014/06/18/sociedade/noticia/texto-final-sobre-maternidade-de-substituicao-em-vias-de-ser-aprovado-1659451>

### **E) Conteúdos não textuais:**

- Audição do CNPMA (na pessoa da presidente Carla Rodrigues) em reunião do GT-PMA na Assembleia da República (28/05/2019), disponível em <http://www.canal.parlamento.pt/?cid=4038&title=audicao-do-conselho-nacional-de-procriacao-medicamente-assistida-cnpm>
- Audição do juiz-desembargador Eurico Reis, em reunião do GT-PMA na Assembleia da República (11/06/2019), disponível em <http://www.canal.parlamento.pt/?cid=4094&title=audicao-do-juiz-conselheiro-eurico-reis-ex-presidente-do-conselho-nac>
- Debate realizado no programa televisivo da RTP “Prós e Contrás”, que colocou em confronto defensores e opositores das alterações de 2016 à LPMA (06/02/2017), disponível em <https://www.rtp.pt/play/p3033/e272403/pros-e-contras>
- Intervenção oral de Rafael Vale e Reis sobre “Gestação de substituição: fenómeno e fenomenologias”, no âmbito do II Colóquio em Gestação de Substituição: Perspectivas Internacionais, Coimbra (09/04/2019). Texto ainda não publicado.