



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Alexandra Sofia Caleja Pires

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ À LEI N.º 90/2021, DE 16
DE DEZEMBRO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada
pelo Professor Doutor Rafael Luís Vale e Reis e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2023



Alexandra Sofia Caleja Pires

**“GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:
O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ À LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO”**

**"GESTATIONAL SURROGACY:
THE PATH TAKEN TO THE LAW N.º 90/2021, OF DECEMBER 16TH"**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na área de Especialização em Ciência Jurídico-Forenses, orientada pelo Professor Doutor
Rafael Luís Vale e Reis e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Coimbra, Janeiro de 2023

Aos meus amados pais.
Aos meus queridos e saudosos, avô e irmão.

Agradecimentos:

Aos meus pais, pessoas de força e de inspiração, pelo amor e carinho, pela atenção e dedicação constantes, pela compreensão e apoio incondicional, por sempre investirem na minha educação e por me permitirem voar em busca dos meus sonhos. Obrigada por acreditarem em mim, mesmo quando eu desacreditei.

Ao Bernardo, pelo amor e companheirismo, pela paciência e preocupação, por me ancorar e ensinar a manter a calma sem nunca perder o foco. Obrigada por estares sempre ao meu lado.

À minha numerosa família, pela cumplicidade e pelo afeto. Obrigada por, mesmo longe, se fazerem sentir presentes.

À Marina, à Lisa e à Telma, por terem sido apoio e presença constante, não só neste percurso académico, mas na jornada que é a vida. Obrigada por me permitirem partilhar.

Às amigas de Coimbra, por terem sido casa e conforto ao longo destes anos, por sempre me ampararem, pelos ensinamentos e partilha de conhecimentos. Obrigada por me ensinarem o valor da palavra “saudade”, nesta hora de despedida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Rafael Vale e Reis, pela orientação, pela incansável ajuda e disponibilidade. Obrigada por me permitir trabalhar com tão Ilustre Professor.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, prestigiada Escola do saber e da formação que me forneceu a bagagem necessária para traçar novos caminhos.

Obrigada!

RESUMO

Em 2006, com o aparecimento da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, começa, no nosso ordenamento jurídico, uma nova era das técnicas de procriação medicamente assistida, passando estas a ser reguladas. Se o entendimento e a permissão de algumas destas técnicas foi pacífico, o mesmo não se pode dizer em relação a outras, englobando nesta última categoria a gestação de substituição.

Esta lei veio a estabelecer a proibição de acesso à gestação de substituição, bem como a sua criminalização, no caso de ser levada a cabo a título oneroso. Assim, e até 2016, o recurso a esta técnica foi totalmente vedado, fazendo com que casais inférteis e economicamente favorecidos procurassem no estrangeiro a solução da sua infertilidade, o que foi facilitado pelo acesso à informação, pela globalização e pela liberdade de circulação de pessoas.

Em 2016, com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a gestação de substituição, passa a ser permitida, em Portugal, desde que a título excepcional e gratuito. Portanto, a partir desta data, uma mulher, motivada por um intuito altruísta, passa a poder gerar uma criança e entregá-la, após o nascimento, realizando o desejo parental de outrem. Contudo, esta solução foi massivamente criticada, apelando-se à não instrumentalização da mulher e à não comercialização do ser humano.

Em 2018, o TC veio a pronunciar-se sobre o assunto declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, desta lei, principalmente por embater com a dignidade da pessoa humana, devido à falta de possibilidade de revogação do consentimento da gestante ao longo de todo o processo. Ao abrigo deste regime, a gestante, era obrigada a entregar a criança aos beneficiários, o que a impossibilitava de assumir a maternidade, se assim o desejasse, após passar pelo emotivo período gestacional, transformando-se numa mera incubadora à disposição dos beneficiários e potenciando-se a sua instrumentalização.

Com a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, retomou-se o antigo regime, de proibição e criminalização da gestação de substituição, o que motivou a busca por uma opção legislativa suscetível de combater as vulnerabilidades da anterior Lei. Essa solução chegou, em 2021, com a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que introduziu alterações significativas à LPMA, sobretudo, em relação ao “afastamento” da nulidade neste

tipo de contratos, à possibilidade de revogação do consentimento da gestante, após o parto, e à consagração expressa dos seus direitos, o que preza a dignidade desta mulher.

A gestação de substituição é um tema bastante controverso, precisamente pelas implicações jurídicas, sociais, éticas e morais que a ela se ligam. Se para alguns é uma forma de privilegiar a autonomia privada dos contraentes e o direito de constituir família, para outros, não passa de uma pura instrumentalização quer da gestante, quer da criança, de uma forma de comercialização do ser humano e de exploração da pobreza.

No estudo levado a cabo nesta dissertação, procuramos fazer uma análise detalhada de todo o caminho legislativo percorrido até à nova Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, expondo problemas e determinando soluções, quer estes sejam passados ou atuais. No capítulo final, apresentamos as principais controvérsias em torno da gestação de substituição, procurando perceber se estas podem ser colocadas relativamente ao regime atual.

Palavras-chave: Gestação de substituição; LPMA; Contrato de Gestação de Substituição; Evolução Legislativa; Problemáticas; Inconstitucionalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Consentimento; Direito de Igualdade; Discriminação em Função do Sexo; Instrumentalização da Gestante e da Criança; Comercialização do Ser Humano; Exploração da Pobreza; Direito de Constituir Família;

ABSTRACT

In 2006, with the appearance of the Law n. ° 32/2006, of July 26th, a new era of medically assisted procreation techniques began in our legal system, starting to be regulated. If the understanding and permission of some of these techniques was peaceful, the same cannot be said concerning others, including in this last category, the Gestational Surrogacy.

This law established the prohibition of access to gestational surrogacy and its criminalization in the case it is carried out for a fee. Thus, and until 2016, the use of this technique was completely prohibited, causing infertile and economically favored couples to seek a solution to their infertility abroad, which was facilitated by access to information, globalization and the freedom of movement of people.

In 2016, with the Law No. 25/2016, of August 22, gestational surrogacy was finally allowed in Portugal, provided that it is exceptional and free of charge. Therefore, from that date onwards, a woman, motivated by an altruistic intention, is able to bear a child and deliver it after birth, fulfilling the parental desire of another. However, this solution was massively criticized, calling for the non-instrumentalization of women and the non-commercialization of human beings.

In 2018, the Constitutional Court came to pronounce on the subject declaring the unconstitutionality, with general mandatory force, of this law mainly because it clashes with the dignity of the human person, due to the lack of possibility of revoking the consent of the pregnant woman throughout the entire period process. Under this regime, the pregnant woman was obliged to hand over the child to the beneficiaries, which made it impossible for her to assume the motherhood, if she so wished, after going through the emotional gestational period, becoming a mere incubator available to the beneficiaries and enhancing its instrumentation.

With the declaration of unconstitutionality, with general mandatory force, the old regime of prohibition and criminalization of gestational surrogacy was resumed, which motivated the search for a legislative option, capable of fighting the vulnerabilities of the previous Law. This solution arrived, in 2021, with the Law n. ° 90/2021, of December 16, which introduced significant changes to the Medically Assisted Procreation Law, especially in relation to the “removal” of nullity in this type of contracts and the possibility of revoking

the pregnant woman's consent after childbirth and the express consecration of their rights, which values their dignity.

Gestational surrogacy is a very controversial topic, precisely because of the legal, social, ethical and moral implications that are linked to it. If for some it is a way of favoring the private autonomy of the contracting parties and the right to find a family, for others it is nothing more than a pure instrumentalization of either the pregnant woman or the child, a form of commercialization of the human being and exploitation of poverty.

In the study carried out in this dissertation, we tried to make a detailed analysis of the entire legislative path taken until the new Law n. ° 90/2021, of December 16, exposing some of his problems and determining some solutions, whether they are past or current. In the final chapter, we expose the main controversies surrounding gestational surrogacy, trying to understand whether these can be placed in relation to the current regime.

Keywords: Gestational Surrogacy; Medically Assisted Procreation Law; Replacement Gestation Contract; Legislative Evolution; Problematic; Unconstitutionality; Dignity of the Human Person; Consent; Right of Equality; Discrimination Based on Gender; Instrumentalization of the Pregnant Woman and the Child; Commercialization of the Human Being; Exploitation of Poverty; Right to Constitute a Family.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.º - Artigo

Art.ºs – Artigos

N.º - Número

N.ºs – Números

P. – Página

PP. – Páginas

PMA – Procriação Medicamente Assistida

AR - Assembleia da República

TC – Tribunal Constitucional

DAR- Diário da Assembleia da República

DR – Diário da República

OM – Ordem dos Médicos

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

CC - Código Civil

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

PL – Projeto de Lei

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

BE – Bloco de Esquerda

Vol. - Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - NOÇÃO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	13
CAPÍTULO II - ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: O CAMINHO DESDE O VÁCUO LEGISLATIVO; PASSAGEM PELA PROIBIÇÃO, ATÉ À PERMISSÃO CONDICIONADA PELA FRÁGIL LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO	20
1. OS ANTEPASSADOS DA LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO	20
2. NASCIMENTO DA LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO	22
3. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO.....	24
3.1. QUASE UM ANO DE ESPERA PELA REGULAMENTAÇÃO	29
3.2. AS FRAGILIDADES SUBJACENTES A ESTA LEGISLAÇÃO ESPECIAL	31
3.2.1. <i>A interrupção voluntária da gravidez</i>	32
3.2.2. <i>A nulidade dos contratos como uma regalia em prol dos beneficiários</i>	36
3.3. O PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE	37
CAPÍTULO III - O ATUAL REGIME JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: A LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO	40
1. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS À LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO, PELA LEI N.º 90/2021, DE 16 DE DEZEMBRO	40
2. IMPEDIMENTO DO RECURSO À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS DE HOMENS (E DE HOMENS ISOLADAMENTE).....	43
3. MÃE CONTRAENTE A TÍTULO SINGULAR.....	46
4. O TRIUNFO DO CONSENTIMENTO LIVREMENTE REVOGÁVEL, POR PARTE DA GESTANTE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA.....	48

4.1. ESTE DIREITO AO “ARREPENDIMENTO” DEVE SER CONCEDIDO AOS BENEFICIÁRIOS?.....	54
5. A INFELIZ SOLUÇÃO DO SILÊNCIO EM RELAÇÃO À NULIDADE DO CONTRATO	56
CAPÍTULO IV- QUESTÕES CONTROVERSAS EM TORNO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	59
1. INSTRUMENTALIZAÇÃO DA GESTANTE E DA CRIANÇA NASCIDA	59
2. COMERCIALIZAÇÃO DO SER HUMANO	61
3. EXPLORAÇÃO DA POBREZA	62
4. O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA	64
CONCLUSÃO.....	66
BIBLIOGRAFIA.....	69
JURISPRUDÊNCIA	72
LEGISLAÇÃO	73

INTRODUÇÃO

Ao longos dos anos, temos assistido a uma aliança da ciência com a vida, em que a aquela tentar dar resposta aos problemas desta. Fruto desta aliança foi o avanço das técnicas de PMA, outrora desconhecidas e estranhas são, hoje, autênticos suportes da dor da infertilidade. É, precisamente, aqui que se insere a gestação de substituição, tema controverso que estudamos nesta dissertação.

Designam-se de gestação de substituição, aquelas situações em que uma mulher, a gestante, se compromete, através de documento escrito, supervisionado pelo CNPMA, a suportar uma gravidez a favor dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade¹.

Para alguma doutrina, esta gestação para terceiros, é uma técnica de PMA que deve ser proibida e, conseqüentemente, criminalizada. Por se fundar numa instrumentalização da gestante e da criança, tornando-se o corpo da primeira numa mera incubadora ao dispor dos beneficiários e a segunda num objeto de transações comerciais. Ademais, este género de contratos, baseados na contratualização da maternidade e na comercialização da vida humana, fomentam a exploração da pobreza e causam efeitos nocivos na instituição familiar, pondo em causa os tradicionais requisitos de estabelecimento da filiação².

Para outros, que defendem a legalização da gestação de substituição, esta é uma forma de procriação subsidiária que prima pelo respeito da autonomia pessoal e contratual, pelo direito constitucional de constituir família e pela igualdade entre cidadãos. Advogando-se, ainda, que, a escolha de gerar um filho para os beneficiários, é um direito da gestante sobre o próprio corpo, do qual pode livremente dispor da forma como bem lhe aprouver³.

No nosso ordenamento jurídico, a maternidade de substituição, foi inicialmente proibida e criminalizada, pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. No seu art.º 8.º, n.º 1 determinava-se a nulidade dos contratos quer onerosos quer gratuitos de maternidade de substituição, sendo tida como mãe da criança a mulher que a gerou, como decorre do n.º 3. Além da nulidade, o art.º 39.º estipulava sanções para quem concretizasse ou promovesse

¹ Artigo 8.º, n.º 2 da LPMA

² RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 47-60

³ Idem, pp. 63-76

estes contratos a título oneroso, já quanto aos contratos levados a cabo a título gratuito, o legislador preferiu não se pronunciar.

Em 2016, esta técnica de PMA viu o sol brilhar com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, diploma que tentou introduzir a legalização da gestação de substituição, a título excecional e gratuito. Dissemos que tentou, porque, em 2018, o TC detetou fragilidades que levaram à declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, no Acórdão n.º 225/2018, de 7 de maio. A principal causa deste recuo para a proibição da gestação de substituição, em Portugal, foi a impossibilidade da livre revogação do consentimento da gestante ao longo de todo o processo, o que, no entender deste Tribunal, violava a sua dignidade.

Contudo, a anciã legislativa pela permissão da figura levou a que, em 2021, surgisse a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro. Esta nova lei voltou a permitir que casais inférteis se socorram da gestação de substituição, para assim conseguirem ter filhos, com ligação biológica a, pelo menos, um dos beneficiários. Reconhecendo-se-lhe como função primordial a superação das vulnerabilidades detetadas pelo TC, na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Assim, uma das principais alterações introduzidas por este novo diploma foi, precisamente, a admissibilidade do direito ao “arrependimento” da gestante, podendo esta livremente revogar o seu consentimento até ao registo da criança. Mas será este um verdadeiro direito ao “arrependimento”? O prazo será, efetivamente, respeitado? O período de reflexão não será demasiado limitado? E aos beneficiários assiste-lhes o mesmo direito? Com o estudo levado a cabo pretendemos dar resposta a estas questões, que ao não serem bem legisladas podem, igualmente, pôr em causa direitos da gestante e a sua dignidade.

Além disso, o TC determinou que uma das falhas da Lei n.º 25/2016, de 26 de julho, era a cominação da nulidade. Será que este novo diploma a tentou combater? E tentou combatê-la como? Vamos verificar que, o legislador apenas se limitou a excluir a norma que determinava a nulidade dos contratos de gestação de substituição que não cumprissem os requisitos estipulados no art.º 8.º. O silêncio em relação a normas que estipulam a nulidade, afasta, realmente, a nulidade? Quais as consequências da nulidade de negócios jurídicos de gestação de substituição? Esta deve ser afastada ou, ao invés, deve existir uma norma expressa que a regule? Deixamos as respostas para um capítulo próximo, tentado apresentar soluções para o problema.

Esta lei, que procura suprir vulnerabilidades, poderá ela própria apresentar-se como vulnerável, atendendo às questões expostas e à limitação do leque de beneficiários da gestação de substituição? Repare-se que, o n.º 6 do art.º 8 define como beneficiários da gestação de substituição os casais de sexo diferente, os casais homossexuais femininos e mulheres isoladamente, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. No entanto, parece que o legislador se esqueceu dos casais homossexuais masculinos e dos homens que pretendem recorrer a esta técnica a título singular. Não será esta uma forma de discriminação em função do sexo? Não terão estes os mesmos direitos daqueles que a lei define como beneficiários? A ser admitida a gestação de substituição para este leque de possíveis beneficiários quais as questões que se devem ter em conta?

Ao longo do estudo procuramos fazer uma análise da evolução legislativa do conceito da gestação de substituição no ordenamento jurídico português, expondo os problemas, com que o legislador teve e terá de se debater, e tentando apresentar soluções para os mesmos. No capítulo final, debatemos algumas das principais controvérsias em torno da gestação de substituição, procurando entender se estas podem ou não ser colocadas em relação ao regime atual.

CAPÍTULO I - Noção de Gestação de Substituição

A gestação de substituição ou “maternidade de substituição”, como outrora havia sido designada, é, nas palavras de GUILHERME OLIVEIRA, “*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 todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de mãe*”⁴.

Ao encontro desta definição vai a do art.º 8.º, da Lei da Procriação Medicamente Assistida (doravante LPMA), quando no seu n.º 2 designa a gestação de substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”⁵. Portanto, a gestação de substituição nada mais é do que um acordo celebrado entre um casal com um enorme afã de ter filhos, mas que devido a problemas de saúde não consegue, e uma mulher, a gestante de substituição, no qual esta segunda se compromete a suportar a gestação uma criança, levar o parto a diante e no final, após o nascimento, entregá-la ao casal beneficiário que assumirá a paternidade da criança gerada noutro útero. Assim, a conceção de um ser deixa, nestes casos, de estar dependente de fatores naturais e passa a depender de um contrato, de uma relação contratual com cláusulas contratuais específicas, motivada, sobretudo, pelo intento altruísta da mulher que concede o seu útero⁶.

Esta temática, regulada, pela primeira vez, na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, referente às técnicas de Procriação Medicamente Assistida (doravante PMA), recentemente atualizada pela Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro, desde há muito que vem sendo debatida, não se apresentando como um fenómeno frutífero dos tempos modernos, tal como refere RAFAEL VALE E REIS “*a gestação de substituição apresenta-se como um fenómeno simultaneamente antigo e hodierno*”⁷, que ao longo dos séculos tem sofrido diversas alterações.

⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “*Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 8-9

⁵ Consultado em: www.pgdlisboa.pt

⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho- Questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição*”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 94, 2018, p. 242

⁷ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 185

Originalmente concretizada no adultério consentido, que mais não é do que dar permissão à outra parte da relação para ter relações sexuais fecundantes com outrem com o intuito de assegurar a sua descendência, teve representação no código de Hamurabi e em passagens bíblicas. Como referiu GUILHERME DE OLIVEIRA este é “*o tipo mais antigo, e porventura ainda o mais praticado, de colaboração de duas mulheres na gestação*”, acrescentando ainda, no mesmo trecho, que é um “*velho acordo segundo o qual uma mulher infértil combina com o seu marido que ele terá relações sexuais fecundantes com outra mulher, pressupondo que o filho que vier a nascer será considerado filho do casal*”⁸. Exemplo destes casos, em que não é necessário o recurso a qualquer tipo de intervenção médica, é a história bíblica de Sarai, mulher de Abraão, que perante um cenário de infertilidade, consentiu que o marido fosse ter com a sua escrava egípcia, Hagar, para através dela concretizar o desejo de ser mãe, “talvez, por ela, eu consiga ter filhos”⁹.

Os anos foram passando, o tema infertilidade¹⁰ foi permanecendo, bem como a anciã do ser humano em ter filhos e perante este cenário vários foram os casos em que, como diria VERA LÚCIA RAPOSO, a cegonha chegou por contrato¹¹. Assim, um pouco por todo o mundo ouviu-se falar de mulheres que se sujeitaram a ter um filho de outrem, que deixaria de ser parte de si com o corte do cordão umbilical, e de crianças que se tornaram filhos por contratos, como foram os casos “Baby M” e “Baby Gammy”. Aqui, contrariamente ao que acontece no adultério consentido, as práticas são já levadas a cabo através de intervenções médicas, com recurso às técnicas de PMA¹², sobretudo mediante a inseminação artificial da mulher gestante com gâmetas masculinos.

De notar que em 1978, se verificou um afamado desenvolvimento destas técnicas que permitem gerar um ser fora do útero materno, viabilizando-se novas hipóteses de gestação que afastam o adultério consentido. Manifestação disso foi o nascimento de Louis Brown, também conhecido como o primeiro “bebé-proveta”, nascido em Inglaterra, através

⁸ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “*Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 11

⁹ Bíblia Sagrada, Livro de Génesis, Capítulo 16, Versículo 1-4

¹⁰ Segundo a Organização Mundial de Saúde a infertilidade é “uma doença do sistema reprodutivo traduzida na incapacidade de obter uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares e sem uso de contraceção”.

¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Quando a cegonha chega por contrato*”, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, Março de 2012

¹² São técnicas de PMA, de acordo com o artigo 2.º da LPMA, a inseminação artificial, a fertilização in vitro, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético de pré-implementação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

de fecundação realizada em laboratório, com recurso à fertilização in vitro. Em Portugal, esta nova forma de gestação, surgiu em 1986, ano em que nasceu Carlos Miguel Saleiro, o primeiro “bebé-proveta” português.

Apesar destes desenvolvimentos, os casos de recurso a técnicas de PMA, sobretudo os nascidos através de gestação de substituição, chocaram o mundo por diversas vezes, já que subjacente a eles estão “*questões ético-jurídicas de não pequeno melindre*”¹³, questões que embatem em princípios sociais e morais há décadas estabelecidos. Vejamos o caso “Baby M”, nascido nos EUA, na década de 80 do século XX, quando o casal Elizabeth e William Stern, perante o diagnóstico de esclerose múltipla de Elizabeth, se viram privados do desejo de ser pais. Com o intuito de reverter este cenário, o casal procurou uma agência que se dedicava à celebração de contratos de gestação de substituição, através da qual conheceram Mary Beth Whitehead que se comprometeu a gerar a criança, fazê-la nascer e, no final, entregá-la aos beneficiários que, deste modo, se tornariam pais da criança, renunciando aos direitos e deveres maternos mediante a quantia de dez mil dólares.

No entanto, apenas as primeiras cláusulas do contrato foram cumpridas. A Sr.^a Mary, gerou a criança, após ser inseminada com esperma do Sr. ° William, fê-la nascer, mas após o nascimento recusou-se a entregá-la ao casal, chegando até a registá-la como Sara Elizabeth Whitehead.

Neste cenário controverso, o casal iniciou um processo judicial no Tribunal de New Jersey, pedindo a execução específica do contrato. O desfecho deste processo acatou com uma decisão favorável ao casal Stern, já que em sede de primeira instância, o contrato foi considerado válido, pelo que deveria ser cumprido. Porém, foi interposto recurso para o Supremo Tribunal de New Jersey que fechou o caso com o reconhecimento de dois progenitores biológicos separados, o Sr. ° William e a Sr.^a Mary, da adoção inválida por parte Elizabeth e, por último, determinou que a criança fosse entregue ao casal Stern e que fosse conferido à mãe biológica o direito de visita, em prol do superior interesse da criança.¹⁴

Em 2014, a problemática de gestação de substituição voltou a colidir com princípios éticos e morais estabelecidos na sociedade através do nascimento do caso “Baby Gammy”,

¹³ BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho- Questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição*”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 94, 2018, p. 242

¹⁴ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 186

na Tailândia. Nesse ano o casal David e Wendy Farnell, encontraram, na Austrália, a solução para o desejo de serem pais, através da barriga de Pattaramon Chanbua, em contrapartida estavam dezasseis mil dólares.

A gestante, inseminada vários embriões, compostos com o material genético de David e Wendy Farnell, acabou por engravidar de gémeos, sendo um deles, aos sete meses de gestação, diagnosticado com Síndrome de Down. Perante este diagnóstico, o casal beneficiário pediu, à gestante, que abortasse o bebé doente e exigiu, à agência, a devolução do dinheiro. A Sr.^a Pattaramon, permaneceu fiel às suas convicções budistas, pelo que não acatou as ordens do casal, deu à luz as duas crianças, entregando apenas Pipah, a criança saudável, ao casal e ficando com a criança doente, Gammy.

Em 2015, a mãe de Gammy, tentou recuperar a menina ao tomar conhecimento da prisão de David Farnell por pedofilia. No entanto, o Tribunal de Família da Austrália, numa sentença de 272 páginas, acabou por decidir pela continuidade de Pipah com a única família que conheceu, por considerar que a convivência com o casal não se manifestava perigosa, ao contrário da sua saída da casa do casal.

Nesse mesmo ano, veio a público o caso do bebé Miles dado à luz pela avó, no Reino Unido e, mais uma vez, a gestação de substituição volta a ser alvo de uma discussão acesa e a chocar o mundo. Desta vez os protagonistas da história são Anne Marie Casson, de 46 anos, e o seu filho Kyle Casson, solteiro e homossexual, de 27 anos. A mãe e o filho recorreram aos serviços de uma clínica de reprodução assistida para ser implementado em Anne um óvulo de uma dadora, fertilizado com um espermatozoide de Kyle, com o objetivo de realizar o sonho estagnado deste último de ser pai. O caso acabou por cair no Tribunal Britânico, o qual decidiu que Kyle se tornaria pai do filho gerado pela sua mãe e esta se tornaria, portanto, avó da criança, fundamentando a decisão no facto de Kyle e Miles já terem uma relação familiar. Apesar do embrião implementado não ter qualquer tipo de ralação biológica com a gestante, o caso foi alvo de críticas profundas, havendo até vozes que o apelidaram de incesto e apelando à reforma do sistema para prevenir este tipo de abusos.

Os casos referidos contribuíram, de forma abrupta, para o desenvolvimento de um debate em relação à gestação de substituição. Já que, um pouco por todo o mundo, ecoaram vozes que defendiam a criação, reformulação ou extinção de opções legislativas a fim de contornar os problemas que a prática abusiva deste processo tem levantado, sobretudo em

países em desenvolvimento que comportam fracas opções legislativas e um custo baixo para a gestação de substituição. Assim, ao longo dos últimos anos, países que permitiam este processo de procriação, de forma totalmente livre e sem qualquer tipo de restrições legislativas, começaram a reformular as suas opções, impondo regras e condutas ao seu recurso. Por outro lado, países que proibiam totalmente o acesso à gestação de substituição, têm vindo a debater o assunto e a tomar opções que se classificam como uma autêntica frecha à utilização do útero de outrem para a gestação de uma vida.

No final deste debate, e tomando em conta casos reais, creio que o ponto ótimo estaria no intermédio dos dois polos. Pois, tal como refere VERA LÚCIA RAPOSO, a gestação de substituição *“pode ser classificada como um demerit good, que a sociedade não deve proibir, mas sim regular de forma a conferir adequada proteção às partes envolvidas”*¹⁵. Ou seja, nem um sistema totalmente livre, que permita falar de um puro mercado de bebés, nem um sistema totalmente impeditivo, que pode ser a porta de embarque dos beneficiários para o estrangeiro a fim de levarem a cabo a sua vontade. Então, este ponto ótimo será composto por um sistema que permite o recurso ao processo, em casos de necessidade, implementando um processo subsidiário e não alternativo à procriação.

A percorrer este caminho, de busca pelo ponto ótimo no que respeita às opções legislativas concernentes com a gestação de substituição, encontramos o ordenamento jurídico português, o qual tem vindo a ser alvo de sucessivas alterações legislativas. O nosso legislador, tomou como primeira preferência a absoluta proibição do recurso à “maternidade de substituição”, solução que perdurou desde 2006, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, até 2016, ano em que a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, traz uma nova visão em relação à gestação de substituição. Com a entrada em vigor desta nova versão da LPMA, o sistema passa a admitir o recurso à gestação de substituição, desde que seja sob a forma gratuita, motiva por uma intenção altruísta e benemérita, repudiando-se, então, a gestação de substituição de índole comercial¹⁶.

Do outro lado do mundo, em países da Ásia, as alterações legislativas também se fizeram sentir, porém num caminho oposto ao que percorre o nosso país. Neste caso,

¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

¹⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda, *“Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho- Questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 94, 2018, p. 243

inicialmente optou-se por um sistema totalmente livre, no qual a onerosidade do contrato não era uma miragem para problemas como a exploração do ser humano e a criação de um “*turismo reprodutivo*”¹⁷. Certo é que estes problemas se verificaram e foi necessário “*colocar um travão ao mercado de úteros, a fim de proteger os seus cidadãos (sobretudo, as potenciais gestantes) e de evitarem a escalada dos problemas sociais que se foram criando*”¹⁸.

Apesar de todos os problemas éticos, sociais e legais que a gestação de substituição levanta, há ainda casos de regimes excessivamente permissivos. Pensemos, a título de exemplo, nos Estados Unidos da América, onde há soluções extremamente díspares de Estado para Estado, isto porque não existe uma lei nacional que verse sobre a matéria, sendo esta regulada pela legislação interna de cada Estado (regimes de *common law*). Deste modo, de um lado encontramos Estados com um regime agudamente permissivo, aceitando a gestação de substituição, quer a nível gratuito, quer a nível comercial. Por outro lado, encontramos Estados que a rejeitam e a criminalizam, quando levada a cabo a título oneroso.

No Estado da Califórnia, caracterizado por ser “*surrogacy friendly*”, a gestação de substituição é permitida, tanto a nível gratuito quanto a nível comercial, estando, inclusive, o seu contrato sujeito a execução específica. A acessibilidade do regime, à prática desta técnica de PMA, verifica-se, também, quanto aos beneficiários, já que todas as pessoas podem usufruir deste meio, independentemente da orientação sexual ou do estado civil.¹⁹ Quanto às condições de saúde, também não se estabelecem quaisquer restrições, podendo, inclusive, a gestante contribuir com o seu material genético.

Acredito que, em casos deste género, a regulamentação desta prática está longe de atingir um ponto ótimo. Pois, este tema tão sensível e que põe em causa problemas concretos da ordem pública grita por uma legislação eficaz e consciente, de forma a ter contratos que não violam direitos fundamentais.

No entanto, há autores que, quanto a esta temática, defendem a criação de um mercado de bebés, argumentando que “*mais vale um mercado aberto, com regras estabelecidas e bem conhecidas, do que um tráfico clandestino com todos os defeitos do*

¹⁷ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 187

¹⁸ Idem, cit., p. 188

¹⁹ Idem, pp. 261-262

mercado aberto e os muitos mais que seriam propiciados pela clandestinidade”²⁰. Ainda assim, um sistema programado neste molde seria completamente refutável e frágil já que “significaria a eliminação pura e simples daquela especificidade humana que nos tem permitido dizer, ao menos nos últimos anos, que as coisas podem ser vendidas, mas os homens não”²¹.

²⁰ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 16

²¹ Idem

CAPÍTULO II - Enquadramento histórico-legislativo da gestação de substituição no ordenamento jurídico português: o caminho desde o vácuo legislativo; passagem pela proibição, até à permissão condicionada pela frágil Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

1. Os antepassados da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

A primeira expressão da maternidade substituição, em Portugal, remota ao ano de 1986, ano em que foi constituída uma comissão para a elaboração de um anteprojeto sobre as técnicas de PMA. Esta comissão, constituída após a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa dos Estados-Membros emitir uma recomendação a fim de estabelecer os termos da aplicação destas técnicas, apresentou, ao Ministério da Justiça, uma proposta na qual estabelecia a permissão da inseminação artificial homóloga, da fertilização in vitro e da fertilização intratubária.

No ano em questão, surge o Decreto-Lei n.º 319/1986²², de 25 de setembro, o qual “*remetia para decreto regulamentar a determinação das condições para autorização de atos médicos no âmbito de técnicas de procriação medicamente assistida*”.²³ Porém, convém realçar que do decreto nunca surtiram quaisquer efeitos, uma vez que a regulamentação não foi produzida.

Em 1993, a Lei n.º 12/93²⁴, de 22 de abril, que estabelece o regime legal alusivo à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, refere que, no seu art.º 1.º, n.º 2, a dádiva de óvulos e de esperma e a transferência e manipulação de embriões são objeto de legislação especial. Porém, esta “legislação especial”, acabou por não chegar ao nosso ordenamento jurídico, permanecendo um vácuo legislativo relativamente a esta temática.

Em 1997, surge a proposta de Lei n.º 135/ VII²⁵, apresentada pelo Governo Socialista, com o primordial intuito de combater o vácuo legislativo patente no panorama português. A qual acabou, mais tarde, por se converter no Decreto n.º 415/VII que instituíra, no art.º 6.º, a proibição da maternidade de substituição, fundamentando a nulidade destes negócios

²² DR, I Série, n.º 221, de 25 de setembro de 1986

²³ Bloco de Esquerda, Grupo Parlamentar, Projeto de Lei n.º 141/X, consultado em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a64684e54677a4d7a59304c5464694d324d744e446c69596931685a4449304c54686c4f44497959544d794d4451334d79356b62324d3d&fich=7a583364-7b3c-49bb-ad24-8e822a320473.doc&Inline=true>

²⁴ DR, I Série A, n.º 94, de 22 de abril de 1993

²⁵ Publicada em DAR, II Série A, n.º 69/VII/2, em 1 de agosto de 1997, pp. 1324 a 1329

recorrendo aos laços maternidade, portanto a mãe da criança nascida seria a mulher que a gerou e a deu à luz. Este Decreto foi discutido pela Assembleia da República (a partir de agora AR), mas acabou por ser alvo de veto político, nos termos do art.º 136º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), em 1999, “*na sequência de uma forte contestação da comunidade científica que considerava que o limite imposto ao número de óvulos a inseminar inviabilizaria de facto a reprodução assistida, ao mesmo tempo que recusava as normas sobre a quebra do anonimato do dador de esperma*”²⁶.

Nos anos que se seguiram novos projetos de lei foram elaborados, com a intenção primordial de combater o panorama legislativo precário que pairava no país relativamente às técnicas de PMA. Assim, em 2002, o PS, apresenta o PL n.º 90/IX, no qual optava pela proibição da maternidade de substituição. Um ano mais tarde, em 2003, o BE, ao apresentar o PL n.º 371/IX, surge com uma proposta insólita comparativamente às anteriores. Neste projeto, o BE, postula pela permissão da maternidade de substituição, no seu art.º 14.º, mediante o cumprimento de determinados requisitos: “i) autorização prévia por parte do Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida (organismo a constituir); ii) a mulher contraente seja uma mulher nascida sem útero, com uma tal malformação uterina que a torne incapaz de levar a bom termo uma gravidez, tenha sido sujeita a uma histerectomia por razões médicas ou, por fim, padeça de doença que não lhe permita engravidar sem colocar em risco grave a sua vida; iii) não seja efetuado qualquer pagamento à mãe de substituição, sob pena de o infrator incorrer em pena de prisão até três anos, como estabelecido no art. 19.º/3 (esta tão rígida proibição de todo e qualquer tipo de pagamento parece inclusive afastar o ressarcimento das despesas médicas)”²⁷. Em julho de 2004, estes dois PL, a pedido da AR, foram alvo do Parecer 44/CNECV/04 do CNECV, no qual se defendeu que “não se deveria restringir à apreciação dos documentos propostos” e faz “uma reflexão alargada sobre a problematização ética da PMA”.²⁸

Até 2006, configurou-se, no nosso ordenamento jurídico, um vazio legislativo que, na falta de legislação especial, potenciava o recurso às normas gerais. Portanto, em caso de conflito, nada mais restava do que o recurso ao art.º 280º, n.º 2 do CC, para o qual “*é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*”. Convém realçar que

²⁶ Bloco de Esquerda, Grupo Parlamentar, Projeto de Lei n.º 141/X, consultado em: <https://app.parlamento.pt/>

²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “*De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 112-113

²⁸ Bloco de Esquerda, Grupo Parlamentar, Projeto de Lei n.º 141/X, consultado em: <https://app.parlamento.pt/>

um tema tão melindroso, como a maternidade de substituição, sobretudo quando tenha carácter oneroso, facilmente se tornará contrário à ordem pública e aos bons costumes, pense-se na dignidade da mulher, que vende o útero, e da criança, objeto de um contrato.

Já no que concerne aos contratos desta natureza gratuitos, poderá dizer-se que os mesmos também seriam nulos, mas desta vez por atentarem a princípios fundamentais do direito da família, atente-se: de acordo com o art.º 1796.º do CC, o estabelecimento da maternidade resulta do facto do nascimento, ou seja, juridicamente a mãe da criança seria aquela que a fez nascer, seguindo a doutrina tradicional – tal como em Itália- “*mater sempre certa est*”; por outro lado, o art.º 1982.º, n.º 3 do CC, considera que o consentimento, para adoção, prestado pela mãe biológica só é válido decorridas seis semanas após o parto, o que conflitua com a obrigação de entrega da criança da criança após o parto²⁹.

2. Nascimento da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

Em 2006, para combater o “eloquente vazio legislativo”³⁰, atendente às técnicas de PMA, nasce a Lei n.º 32/2006. No entanto, cabe já adiantar, que esta lei se mostrou tão frágil como a matéria que regula, basta olhar para as sucessivas alterações de que foi alvo até ao presente ano de 2022.

Cabe-lhe, contudo, o mérito de suprir a falta de legislação pela qual a nossa CRP esperava. Repare-se que, em 1997, foi aditada, pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro³¹, a alínea e) ao n.º 2 do art.º 67.º da CRP, que veio a determinar que “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” é uma função do Estado, a fim de assegurar a “proteção da família”³². Pelo que, entre 1997 e 2006, volitava no país uma insuficiência legislativa desrespeitosa de princípios consagrados na nossa lei máxima. Podendo-se apontar ao Estado uma deficiência criticável na sua função de proteção da família e salvaguarda da dignidade da pessoa humana, deixando uma matéria

²⁹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 192

³⁰ RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, “*Primeiras notas sobre a lei portuguesa de PMA (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*”, em *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, p.89

³¹ Tal como consta no art. 40.º, n.º 4

³² Constituição da República Portuguesa, art. 67.º, n.º 2, alínea e)

tão delicada na competência de normas gerais, fruto do vacilo na execução de normas especiais.

Esta nova lei vem regular o acesso às técnicas de PMA³³, uma forma de procriação que a própria lei define como subsidiária e não alternativa, havendo necessidade de um “diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para o tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”, tal como consta do art.º 4.º.

Verificadas essas condições de admissibilidade, a referida lei, estabelece e define quais as técnicas à disposição dos beneficiários³⁴, quem pode ser beneficiário³⁵, bem como os seus direitos e deveres³⁶, defendendo, ainda, o consentimento livre e esclarecido³⁷ e a confidencialidade do processo³⁸. Por fim, no seu Capítulo VII, alusivo à responsabilidade criminal, estabelece as sanções, em caso de incumprimento das suas disposições.

Para o estudo levado a cabo nesta dissertação, incumbe fazer destaque dos tópicos alusivos à gestação de substituição ou maternidade de substituição, expressão que esta versão originária da LPMA prefere.

Assim, determina a citada lei, no art.º 8º, n.º 1, a nulidade dos contratos de maternidade de substituição quer onerosos, quer gratuitos. Considerando, ainda, no n.º 3, que, para efeitos legais, a mãe da criança nascida destes contratos seria a mulher que suportou a gravidez. Esta última solução, apesar de seguir o critério previsto no art.º 1796.º, do Código Civil, referente ao estabelecimento da maternidade, acabou por ser alvo de críticas por vários autores, defendendo-se que a criança não deve ser considerada filha de alguém com quem não tem qualquer tipo de ligação genética. Para SYLVIANE AGACINSKI, “a utilização de uma mulher como gestante retira a maternidade do campo da vida pessoal e privada, para a transformar numa tarefa ou num serviço”³⁹.

³³ Art. 1.º, Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

³⁴ Todas mencionadas no art. 2.º, da lei em análise

³⁵ Mencionados no art. 6.º, o qual causou discórdia, fundamentando-se que chocava com direitos constitucionalmente protegidos, nomeadamente com o direito de igualdade, uma vez que limitava o acesso a um grupo restritos de pessoas.

³⁶ Art. 12.º e 13.º da LPMA

³⁷ Art. 14.º da LPMA

³⁸ Art. 15.º da LPMA

³⁹ AGACINSKI, Sylviane e CHABY, Estrela, “Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, p. 355

Para além da nulidade, consagra, ainda, no seu art.º 39.º, sanções para quem concretizar estes contratos a título oneroso, sob pena de prisão de 2 anos ou pena de multa até 240 dias, a mesma pena aplica-se a quem promover, por qualquer meio, a maternidade de substituição a título oneroso. Ora, relativamente à criminalização dos contratos, o legislador apenas tomou uma posição quando aos contratos onerosos, não estabelecendo consequências para os contratos gratuitos, quanto a estes apenas se sabe que são nulos.

Adotou-se, portanto, uma solução um pouco infeliz, já que, relembrando JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, a gestação de substituição, enquanto técnica de PMA, “promove o direito a constituir família, à procriação”⁴⁰. Também na posição GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “a PMA poderá porventura ser considerada, ainda, uma forma de exercício do direito fundamental de constituir família previsto no art.º 36.º, n.º 1, da CRP”⁴¹.

Assim, esta legislação especial unitária alusiva às técnicas de PMA, apesar de combater o vazio legislativo e vir a cumprir requisitos constitucionais, acabou por criar novos problemas. No âmbito do nosso tema, ao consagrar a nulidade dos contratos de maternidade de substituição, sobretudo dos de índole gratuita, consagrou, também, limites a princípios basilares da Constituição, nomeadamente ao direito de constituir família.

3. A gestação de substituição à luz da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

A controvérsia em torno da proibição destes contratos e a anciã política de legalizar o acesso a este método de procriar, levou o legislador a instituir exceções ao acesso à, agora designada, gestação de substituição. Assim, em 2016/2017, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, passamos a ter uma nova visão da gestação de substituição no ordenamento jurídico português.

Para tanto vários foram os partidos políticos que, entre dezembro de 2011 e janeiro de 2012, esboçaram PL com a permissão de acesso à gestação de substituição. Destes destacam-se o PL n.º 131/XII do PS, o PL n.º 138/XII do PSD e o PL n.º 122/XII do BE.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.1366

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 567

Os dois primeiros PL, acima mencionados, pautavam-se por um acesso ao recurso à gestação de substituição muito excecionalmente, sendo esta admitida mediante a verificação de certos requisitos. Relativamente aos requisitos exigidos, em ambos os PL, além do recurso excecional, era necessário estar perante contratos de natureza gratuita e pautados por uma atitude altruísta da gestante. Estes divergiam, no entanto, quanto ao motivo de infertilidade subjacente à gestação de substituição. Enquanto para o PSD era necessário estar perante uma ausência de útero, para o PS poderiam acrescentar-se os casos em que, embora houvesse útero, este padece-se de lesão que impedisse de forma absoluta e definitiva levar a cabo a gestação ou em situação clínicas que o justifiquem.

Configurando-se estes como uma proposta sólida de acesso à gestação de substituição, levaram a um parecer, a pedido da AR, do CNECV, tendo os mesmos plantado a semente para a redação final da Lei n.º 25/2016. O mesmo não se verificou em relação ao PL do BE, que permitia o acesso a todas as mulheres, independentemente de serem inférteis, proposta que a ser aceite criaria todos os problemas subjacente à gestação de substituição e que são socialmente refutáveis.

No Parecer n.º 63/CNECV/2012, o CNECV, veio, então, estipular a aceitação da gestação de substituição, mediante a verificação de certos requisitos que, no seu entender, eram essenciais para se instituir a figura da gestação de substituição em Portugal, destacando-se, sobretudo, o consentimento por parte da mulher gestante. Este requisito, não previsto em nenhum dos PL, era para o CNECV obrigatório, admitindo-se a possibilidade de revogabilidade do consentimento até ao início do parto. Assim, caso a gestante de substituição pretendesse ficar com a criança gerada no seu útero deveria proceder à revogação do consentimento até ao início do parto, sendo que nesta hipótese a criança seria tido filha de quem a fez nascer, caso contrário, após o nascimento, a criança seria entregue aos beneficiários.

Em 2016, foi apresentado o Decreto n.º 27/XIII, de 13 de maio, ao Presidente da República, que acabou por vetá-lo a 7 de junho de 2016. Os fundamentos para este veto político eram simples, o decreto não respeitava as condições cumulativas exigidas pelo CNECV, nos seus pareceres 63/CNECV/2012, de 26 de março de 2012 e 87/CNECV/2016, de 11 de março de 2016.

O referido decreto foi reformulado e dele nasceu o Decreto n.º 37/XIII, de 20 de julho de 2016, que sendo promulgado a 30 de julho de 2016, deu origem à Lei n.º 25/2016, de 22

de agosto, que altera a LPMA. Desta alteração resultou a admissão à gestação de substituição, que deixa para trás anos de maternidade de substituição não reconhecida e que vem reformular o art.º 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Inicia-se, assim, uma nova era desta técnica de procriação medicamente assistida, entrando o nosso país “*no clube restrito cujos membros aceitam legalmente esta solução para casos graves de infertilidade*”⁴², no entanto deve-se entender que “*não está em causa a abertura a um mercado de úteros, mas antes uma garantia técnica adicional para situações que, de ponto de vista social, médico e ético, merecem da ciência uma resposta excecional*”⁴³.

Deste novo desenho do art.º 8.º resulta, no seu n.º 1, que se entende por gestação de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Mantem-se, portanto, a mesma definição do n.º 2, art.º 8.º, da versão originária da LPMA, ressalvando-se o termo de designação desta técnica de PMA que outrora era “maternidade de substituição” e, aqui, se passa a designar, corretamente, de “gestação de substituição”. Diga-se corretamente, uma vez que o que esta em causa não é uma maternidade substituída, pois a gestante não tem qualquer poder-dever materno sobre a criança nascida, mas antes incumbe-lhe o mero papel de gerar a criança. A este propósito, a própria lei deixa de considerar o contrato nulo e, conseqüentemente, deixa de considerar a mulher gestante mãe para todos os efeitos legais. Pelo que, a esta mulher apenas se lhe reconhece a função de gerar o bebé, utilizando o seu útero de forma altruísta e solidária, em modos de compaixão pelos beneficiários sofridos de infertilidade, sendo a criança entregue a estes no final do processo e tida como sua filha, tal como consagra o n.º 7, do art.º 8.º.

Estes contratos, para que possam ser aceites, devem respeitar o n.º 2 do art.º referido. Assim devem revestir-se de natureza gratuita e apenas podem ser levados a cabo a título excecional, nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, note-se que se segue um dos requisitos mencionados no PL n.º 131/XII do PS. Estipula, ainda, o n.º 4 que deve ser concedida autorização prévia do CNPMA, entidade à qual

⁴² REIS, Rafael Vale e, “*O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal*”, disponível em: <https://observador.pt/opiniaio/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>, consultado em dezembro de 2022

⁴³ *Idem*, nota de rodapé n.º 42

compete a supervisão de todo o processo, devendo esta ser sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos (OM).

Esta forma de conceção da criança, atendo ao n.º 3 deste art.º 8.º, apenas é autorizada se for levada a cabo através de uma técnica de PMA, utilizando-se gâmetas de, pelo menos um dos respetivos beneficiários, não podendo ser utilizados ovócitos doados pela gestante para criação do embrião, do processo em que esta é participante. Não se admite, portanto, “a substituição genética, mas apenas a substituição gestacional”⁴⁴, de forma a evitar que a criança nascida tenha qualquer tipo de ligação genética com a mulher que a gerou⁴⁵.

Apesar da lei pressupor sempre o recurso às técnicas de PMA, na gestação de substituição, há autores que defendem que no fundo não se trata de uma verdadeira forma de PMA. Para VERA LÚCIA RAPOSO, “a maternidade de substituição não consiste propriamente numa técnica reprodutiva, embora seja estudada como tal. Mas, na verdade, não requer tecnologias sofisticadas. O procedimento nem exige assistência médica, ainda que, por força da lei (e também por outras razões, tais como problemas de infertilidade do pai legal) esta seja exigida. Mas, tal como sucede com as técnicas de reprodução assistida, desafia de igual modo as noções tradicionais de família e de maternidade, pois pode envolver a separação da maternidade biológica, nos aspetos genéticos e gestacionais”⁴⁶. Este pensamento é partilhado por MAFALDA BARBOSA MIRANDA, referindo que “a maternidade de substituição não é uma técnica de PMA, embora, em termos legais, em face da disciplina instituída pelo legislador português, tenha sempre de pressupor uma destas técnicas”⁴⁷.

No n.º 5, deste art.º 8.º alterado, é reconhecida a natureza gratuita e altruísta dos contratos. Institui-se, aqui, a proibição de qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante, excetuando-se o valor das despesas inerentes ao processo, portanto, as despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tuteladas em documento. No

⁴⁴REIS, Rafael Vale e, “Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p.226

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 38, n.º 149, 2017, p.11

⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, “De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.10

⁴⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho- Questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 94, 2018, p. 241

entanto, legislador não quis apenas reconhecer a onerosidade ao contrato naqueles casos em que exista qualquer tipo de pagamento ou doação. Pelo que, o n.º 6 acrescenta que fica, ainda, inviabilizado o recurso a este processo quando exista uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas, garantindo, desta forma a atitude altruísta e solidária da gestante e evitando-se a atitude condicionada pelo medo e receio.

Relativamente à validade e eficácia do consentimento das partes, o n.º 8, remete-nos para o art.º 14.º. Este estabelece a necessidade de prestar um consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, após serem os intervenientes informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas e ainda do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal. O grande problema surge no n.º 4, quando a lei define como prazo para a revogabilidade do consentimento o início dos processos terapêuticos de PMA. Deste modo, atendo ao exposto no artigo, a mulher gestante tem até ao início dos processos terapêuticos de PMA para livremente revogar o seu consentimento, caso contrário, prosseguindo a gravidez, terá obrigatoriamente de entregar a criança aos beneficiários, não lhe conferindo a lei qualquer direito de arrependimento após o nascimento. Esta fragilidade da lei é, aos olhos de RAFAEL VALE E REIS, uma contradição ao princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, protegidos pelo Código Civil. Defendendo ainda que, com esta nova lei, *“o casal beneficiário, após o nascimento, pode, nem que seja à força (utilizando a via judicial) arrancar dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica execução específica”*⁴⁸.

Quanto aos direitos e deveres, quer do casal beneficiário, quer da gestante o n.º 9 faz remissão para os art.ºs 12.º e 13.º, aplicando-se estes à gestação de substituição com as devidas adaptações.

A celebração destes negócios jurídicos, carece de forma escrita, devendo ser redigido um contrato, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, no qual devem constatar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação vigente, as disposições a

⁴⁸ REIS, Rafael Vale e, *“O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal”*, disponível em: <https://observador.pt/opiniao/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>, consultado em dezembro de 2022

observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez⁴⁹. Certo é que, este tipo de contratos, não podem impor restrições de comportamentos à mulher que cede o seu útero, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade⁵⁰.

Todos estes requisitos, mencionados supra, devem ser rigorosamente respeitados, sob pena de nulidade do contrato que não os respeite, n.º 12, do art.º 8.º.

Por último cabe fazer referência ao art.º 15.º, que preza a confidencialidade quer dos participantes no respetivo processo, quer do próprio ato. Este dever de sigilo levanta problemas, basta pensarmos, por exemplo, no princípio da verdade biológica e ao conhecimento das origens genéticas, quando o embrião seja formado com recurso a material genético de um dos beneficiários e de um dador.

3.1. Quase um ano de espera pela regulamentação

Apesar do enorme avanço legislativo que a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxe ao estabelecer as condições em que é possível o recurso à gestação de substituição. Apenas em 2017, quase um ano depois da publicação desta lei, foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, o qual define e regula a entrada em vigor da figura da gestação de substituição⁵¹. Tem, portanto, como finalidade regulamentar as condições imprescindíveis à plena aplicação das soluções e requisitos referenciados, garantindo-se que a lei não cria problemas adicionais.

Deste decreto consta que a celebração dos contratos de gestação de substituição estão sujeitos ao pedido de autorização prévia ao CNPMA, sendo este feito através de um formulário, criado pelo referido Conselho, disponível no sítio da internet, o qual deve ser subscrito quer pelo casal beneficiário, quer pela gestante. Este pedido de autorização prévia deve ser acompanhado de certos elementos e documentos estipulados no n.º 2, do art.º 2.º, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, nomeadamente: i) da identidade dos intervenientes; ii) da aceitação das condições previstas no contrato-tipo; ii) da documentação médica, com

⁴⁹ N.º 10, do artigo 8.º, da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

⁵⁰ N.º 11, do artigo 8.º, da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

⁵¹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 227

origem no centro de PMA no qual a(s) técnica(s) de PMA necessária(s) à concretização da gestação de substituição serão efetuada(s), destinada a comprovar que a mulher do casal beneficiário se encontra nas condições previstas no art.º 8.º, da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto; iv) de uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável à celebração do contrato; v) de uma declaração do Diretor do centro de PMA no qual a(s) técnica(s) de PMA necessária(s) à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do(s) tratamento(s) a realizar.

Posteriormente ao pedido de autorização prévia, segue-se a sua admissão ou rejeição, por parte do CNPMA, no prazo máximo de 60 dias. Em caso de admissão, o CNPMA, envia a documentação à Ordem dos Médicos, para que esta possa emitir o seu respetivo parecer, observadas as necessárias garantias de confidencialidade.

Este contrato-tipo de gestação de substituição, que contém os elementos essenciais, é disponibilizado no respetivo sítio da internet e deve ser, de acordo com o art.º 3.º, do respetivo decreto, aprovado pelo CNPMA. Não obstante cláusulas aditadas por acordo das partes, dele devem constar cláusulas específicas, detalhadamente:

- a) As obrigações da gestante de substituição no respeito ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança;
- b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar;
- c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto;
- d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;
- e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;
- f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;

- g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;
- h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor;
- i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;
- j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e as suas consequências;
- k) A gratuitidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes;
- l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto do contrato;
- m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico;⁵²

Estas declarações negociais manifestadas no contrato de gestação de substituição, quer por parte da gestante quer por parte dos beneficiários, podem ser livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA⁵³.

3.2. As fragilidades subjacentes a esta legislação especial

É preciso ter em atenção que, a esta legislação especial sobre a gestação de substituição, padece de certas fragilidades. Primeiramente, vejamos as disposições alusivas interrupção voluntária da gravidez por opção da gestante, direito que o CP lhe confere no art.º 142.º. Poderá este ser um direito disponível para contrato? Poderão ser estipuladas cláusulas que proíbam a mulher gestante de decidir? Há lugar a qualquer tipo de compensação indemnizatória? Não nos parece que este seja um direito transmissível para os beneficiários, no entanto concordamos com a existência de indemnizações em determinados casos. Por outro lado, repare-se, que a versão originária atribuía aos contratos nulos os

⁵² Alíneas do artigo 3.º, n.º 3, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, consultado em: www.pgdlisboa.pt

⁵³ Artigo 4.º, do decreto acima referido

mesmos efeitos dos contratos válidos, ou seja, tanto por meio do lícito como por meio do ilícito, os beneficiários seriam ser tidos como pais da criança.

Por último, resta expor a falta de consagração do direito ao arrependimento e da limitação destas técnicas a pessoas residentes em Portugal, só assim se evitando um turismo reprodutivo.

3.2.1 A interrupção voluntária da gravidez

O nosso CP, no art.º 142.º, atribui o direito à interrupção voluntária da gravidez a todas as mulheres grávidas, apesar da causa da gravidez, pelo que se depreende que este direito é também atribuído à mulher gestante, nos contratos de gestação de substituição.

Ora, o n.º 10 do art.º 8.º da LPMA, vem admitir que, quanto a este direito, possam ser estipuladas cláusulas relativas à decisão de abortar. No entanto, o n.º 11, impossibilita a imposição de restrições de comportamento à gestante de substituição, bem como a imposição de normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. Posto isto, são ou não permitidas cláusulas em relação a esta matéria? Quais as consequências da imposição de cláusulas deste género? A nulidade? A resposta, claramente, não está na lei. Aliás, procurar estas respostas na lei é para ficar com mais dúvidas, é receber soluções antagónicas.

A este propósito, o TC, diz-nos que é incompreensível e constitucionalmente inadmissível uma regulamentação pautada pela incerteza, características que esta nova versão da LPMA nos oferece. Para o TC os n.ºs 4, 10 e 11 do art.º 8.º, alusivo à gestação de substituição, “*não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e autorização prévia*”⁵⁴.

É possível, contudo, tecer críticas a esta posição do TC, já que uma matéria tão peculiar como as técnicas de PMA, especialmente a gestação de substituição, “*que implica a necessidade de se conformar um compromisso que vai ser assumido pela gestante e pelos beneficiários, pode ser exagerado impor ao legislador que ofereça regulamentações*

⁵⁴ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Agosto, cit., p.1930

pormenorizadas, antevendo-se preferível conceder margem de decisão às entidades intervenientes, sobretudo ao CNPMA”⁵⁵.

Neste contexto, defende RAFAEL VALE E REIS, que “*o papel do legislador é dúplice: a) estabelecer os limites absolutos para a autonomia concedida às partes, permitindo que o compromisso que estas assumem seja conformado em função da situação e realidade concretas em que se vai desenrolar o procedimento de gestação de substituição, mas, desde logo, determinando aspetos que se consideram inadmissíveis (como, por exemplo, a contratualização de uma remuneração da gestante); b) para defesa da autonomia individual da gestante e para tutela da sua personalidade e dignidade, estabelecer que tipo de comportamento, durante o procedimento de gestação de substituição, lhe podem ser impostos, e quais as consequências para a respetiva violação.*”⁵⁶

Portanto, urge a necessidade de averiguar quais os comportamentos é que se podem impor à gestante e determinar as suas consequências em caso de incumprimento. Em relação à interrupção voluntária da gravidez, é crucial que se estipulem as cláusulas contratuais admissíveis e as inadmissíveis e se determine em que circunstâncias há margem para uma compensação indemnizatória. Só assim estaremos perante um contrato rigoroso e devidamente esclarecido, no qual são geridas as expectativas das partes e delimitada a responsabilidade contratual da gestante.

Para VERA LÚCIA RAPOSO, o direito de decisão relativamente à interrupção voluntária da gravidez não pode ser transferido para os beneficiários, pois tal solução violaria concomitantemente o art.º 142.º do CP e o art.º 8.º, n.º 11 da LPMA. No entanto, “*a tese de que o contrato deve incluir cláusulas relativas à interrupção voluntária da gravidez não invalida a regra geral de que a decisão de pôr fim à gravidez cabe unicamente à mulher grávida*”⁵⁷. Pelo que, a solução passaria pela reformulação do n.º 11 do art.º 8.º, “*de forma a inequivocamente permitir a inclusão de cláusulas acerca do conteúdo de eventuais decisões reprodutivas, mas sem nunca retirar à gestante o poder de decisão*”⁵⁸. Considerando plausíveis três tipos de cláusulas: i) cláusulas relativas às obrigações da

⁵⁵ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 282

⁵⁶ *Idem*, nota de rodapé n.º 55, cit., p. 282-283

⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “*A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas: Direito Contratual e Contratos de Gestação*”, in Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Porto e FDUP, 2017, p. 177

⁵⁸ *Idem*, cit., p. 177-178

gestante, caso leve a cabo interrupção voluntária da gravidez através de decisão unilateral em plena aplicação do seu direito, previsto na alínea e) do art.º 142.º do CP, que não pode ser transferido para terceiros; ii) cláusulas alusivas à compensação indemnizatória, por danos patrimoniais e não patrimoniais, aos beneficiários, na circunstância de interrupção da gravidez a pedido exclusivamente da gestante; iii) cláusulas que estipulem o dever de indemnizar os pais contraentes, por danos patrimoniais fundados no incumprimento contratual, quando a gestação seja levada a diante contra a vontade destes;⁵⁹

Vejam, quando a gestante leve a cabo a interrupção voluntária da gravidez por motivos fundados nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 142.º, não nos parece que exista qualquer tipo de pretensões indemnizatórias nem por parte do casal beneficiário nem por parte da gestante. Quanto aos beneficiários, apesar de estar em causa a vida, o corpo e a saúde física e psíquica da gestante, a gravidez foi por si assumida, correndo o risco por sua própria conta. Quanto à gestante, também não nos parece razoável que exista qualquer dever indemnizatório fundado num incumprimento, pois as obrigações contratuais jamais, seja qual for o tipo de contrato em questão, se podem sobrepor à saúde ou à vida.

Questão diferente e mais complexa será a da alínea c) do n.º 1 do art.º 142.º do CP, neste caso a gestante invoca o estado de saúde do bebé como fundamento para a interrupção voluntária da gravidez. Contando que os beneficiários desejavam a manutenção da gravidez e estavam decididos a receber a criança, independentemente de qualquer doença ou malformação, há incumprimento e, conseqüentemente, lugar à responsabilidade contratual. Por outro lado, pensemos numa situação em que a gestante pretende continuar com a gravidez mesmo contra a vontade dos beneficiários, apesar de doença ou malformação da criança. Vindo mais tarde estes a assumir o poder paternal, a eventual doença ou malformação da criança, acarreta despesas acrescidas de cuidados e tratamentos, pelo que aqui se vislumbra necessário estipular o pagamento de uma compensação indemnizatória pela gestante. É adianta-se, desde já, que nos parece razoável que este seja o único caso em que é admissível o pagamento de indemnização pela manutenção da gravidez contra a vontade dos pais contraentes.

No caso de o pedido ser fundado na alínea e) do n.º 1 do art.º 142.º, ou seja, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, será admissível que exista

⁵⁹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 285

responsabilidade contratual. Apesar deste ser um direito pessoalíssimo da mulher grávida, o seu uso não desonera a titular da responsabilidade pelos danos que daí advêm para os beneficiários.

Até aqui conjecturaram-se hipóteses em que a gestante interrompeu a gravidez contra a vontade dos pais. No entanto, pode também surgir a hipótese de a gestante continuar com a gravidez mesmo contra a vontade dos pais. Neste caso, e pertencendo sempre o poder de decisão à gestante, é importante averiguar se é devida ao casal beneficiário qualquer compensação indemnizatória.

Para VERA LÚCIA RAPOSO⁶⁰, como já mencionado, também aqui haverá lugar a compensações indemnizatórias. Defende a autora que são devidos danos patrimoniais, por não estar em causa a violação das obrigações contratuais da gestante.

Já para RAFAEL VALE E REIS⁶¹, o pagamento de indemnizações pela gestante, nestes casos que mantem a gravidez contra a vontade dos benefícios, não é admissível. Para o autor, o pedido de interrupção voluntária da gravidez, até às 10 semanas, representa uma decisão pessoalíssima da mulher grávida, pelo que, o Direito não deve admitir a possibilidade de imposição de consequências desfavoráveis. Acrescentando que, nesta fase ainda não é certo que o casal beneficiário prossiga com o seu compromisso, já que, após o parto, pode não requer a “decisão de parentalidade”, que é proposta apresentada pelo autor em relação ao regime da gestação de substituição. Ou seja, após o parto e até ao final do prazo definido, o casal tem à sua disposição uma faculdade que lhe permite amparar o seu “arrependimento” e impor à gestante uma maternidade com a qual não contaria, pelo que é injustificável que venha a beneficiar, antes do parto de uma solução fundada no incumprimento da gestante. Por último, não parece existir qualquer tipo de dano digno de ser indemnizável para os beneficiários, já que estes tiveram sempre ao seu alcance a eventualidade de desistência.

Pelos argumentos apresentados, cabe-nos concordar com a solução adotada por RAFAEL VALE E REIS.

⁶⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, “*A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas: Direito Contratual e Contratos de Gestação*”, in Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Porto e FDUP, 2017, p. 179

⁶¹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 285-286

3.2.2. A nulidade dos contratos como uma regalia em prol dos beneficiários

Merecedora de nota e de crítica é a redação original do Decreto Regulamentar, que, numa solução mal pensada e infeliz, atribui aos contratos nulos os mesmos efeitos dos contratos válidos. Esta solução imperscrutável, sobre uma forma de procriação que se quer excecional e limitada, foi lançada no n.º 5 do art.º 3.º que estipulava que a criança nascida da relação contratual, mesmo nos casos em que os contratos fossem nulos, seria tida como filha dos respetivos beneficiários.

Tal solução foi alvo de críticas quer pela doutrina, quer pelo CNECV que, no seu Parecer 92/CNECV/2017, de janeiro de 2017 denotou o seguinte: *“não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contrato válido”*. Acrescentando ainda que *“não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo”*⁶².

Felizmente, o legislador considerou estes juízos, concluindo pelo afastamento desta norma e pela não consagração do ilícito como uma regalia em prol dos beneficiários. De facto, seria inconcebível e injusto acolher um regime em que o resultado é sempre o mesmo, independentemente do caminho percorrido ser o do respeito pelas prescrições legislativas ou, pelo contrário, o do ilícito. Como disse ANDRÉ DIAS PEREIRA, isto seria *“consagrar uma regularização do ilícito automático que seria um benefício ao infrator, configurando um convite ao desrespeito pelas condições rigorosas e restritivas com que se quis regulamentar a gestação de substituição em Portugal”*⁶³.

⁶² Parecer 92/CNECV/2017, p.10. Abordado em, PEREIRA, André Dias, *“Filhos de Pai Anónimo no Século XXI”*, in Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Porto e FDUP, 2017, cit., p. 46

⁶³ *Idem*, cit., p.46

3.3. O problema da inconstitucionalidade

Em fevereiro de 2017, ao abrigo do art.º 281.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, alínea f) da CRP, um grupo de 30 deputados requereu à AR a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, de algumas normas da LPMA, na redação dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, bem como na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Este pedido de inconstitucionalidade estendeu-se a todo o art.º 8.º da LPMA, alusivo à gestação de substituição, bem como de todas as normas ou parte delas relativas ao tema. Fundamentando-se que o mesmo violava o princípio da dignidade da pessoa humana, patente nos art.ºs 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e) da CRP, o princípio do dever do Estado de proteção da infância, plenamente consagrado no art.º 69.º da CRP, o princípio da igualdade, estabelecido entre nós no art.º 13.º da CRP, e o princípio da proporcionalidade, reconhecido no art.º 18.º, n.º 2 da CRP. Além destes princípios constitucionalmente reconhecidos, os preceitos atinentes à gestação de substituição, violavam o direito à identidade pessoal, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à identidade genética.

O TC reconheceu a vulnerabilidade destes preceitos e, no Acórdão n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral *“norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretada de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da CRP”*⁶⁴.

Sublinhe-se que, no que tange ao consentimento da gestante, o TC julga que este tem de ser atual em todo o processo, só assim se garantindo que a mesma, caso deseje, possa assumir a maternidade da criança.

Esta declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, pelo TC, impediu, até à concretização de uma alteração, a aplicação prática da lei. Pelo que, várias iniciativas legislativas foram levadas a cabo com o propósito de se proceder à alteração

⁶⁴ Acórdão do TC n.º 225/2018, de 7 de Maio de 2018, pp. 1945-1946

necessária. No entanto, somente o Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4º do BE reunia os requisitos, conforme o entendimento do TC, essenciais ao regime da gestação de substituição. Neste seguimento, em 2019, foi aprovado o Decreto n.º 383/XIII que procede à 7.ª alteração da LPMA.

O Decreto foi enviado ao Presidente da República para promulgação, porém este considerou que aquele não cumpria os requisitos estipulados pelo TC no Acórdão n.º 225/2018, de 7 de Maio de 2018. Nomeadamente, considerou que a solução apresentada relativamente à revogação do consentimento era semelhante à antiga, pelo que submeteu o art. 2.º do decreto ao processo de apreciação da fiscalização preventiva de constitucionalidade pelo TC.

O TC voltou a pronunciar-se sobre o tema no Acórdão n.º 465/2019, de 18 de outubro no qual manteve o pensamento anteriormente expressado. No que toca ao consentimento manteve a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de PMA, considerando que, para que o modelo de gestação de substituição fosse aceite no nosso ordenamento jurídico, era necessário o consentimento livre e esclarecido da gestante ao longo de todo o processo, desde a celebração até à entrega, não podendo este restringir-se a uma fase inicial, garantindo-se a não instrumentalização da mulher gestante.

Atendendo ao direito ao arrependimento, no final de 2019, o BE apresentou o Projeto de Lei n.º 71/XIV, no qual instituiu que este pudesse acontecer, por vontade da gestante, até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança. Assim, a gestante poderia livremente revogar o seu consentimento num período de 20 dias após o parto e assim assumir da maternidade da criança nascida. Deve-se, contudo, notar que na maior parte dos casos o registo acontece poucos dias após o parto, pelo que, nesta circunstância, seria crucial criar mecanismos capazes de assegurar uma efetiva proteção do direito ao arrependimento, efetivando-se este na prática e não apenas na teoria.

RAFAEL VALE E REIS, este prazo de 20 dias é curto comparativamente ao modelo em vigor no Reino Unido, defendendo que *“os deputados deveriam ter consagrado um prazo, entre as 6 semanas e alguns meses após o parto, que permitisse uma intervenção judicial ou administrativa que enquadrasse (e até procura-se alastrar) uma eventual pretensão de*

arrependimento da gestante, ou uma qualquer vicissitude ligada ao casal beneficiário que o impeça de receber a criança”⁶⁵.

Creio que um prazo de alguns meses após o parto se converteria num período de reflexão excessivamente longo. Deixar a criança nos braços da mulher que a gerou e a acolheu no seu ventre por 9 meses potencializaria a criação de uma relação afetiva, o que tornaria a separação impiedosa, sobretudo para a criança olha para aquela mulher como “mãe”.

“Por força do artigo 282.º da Constituição, voltou a vigorar o regime que resultava dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8.º da versão originária da Lei da PMA, pelo que, até 2021, o nosso ordenamento regressou à proibição absoluta da gestação de substituição”⁶⁶.

⁶⁵ REIS, Rafael Vale e, *“Gestação de Substituição: a arte de procrastinar”*, Jornal Público, 2019, consultado em: <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>

⁶⁶REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 237. Sobre o ponto, PINHEIRO, Jorge Duarte, *“O direito da família (...)”*, p. 189

CAPÍTULO III - O atual regime jurídico da gestação de substituição no ordenamento jurídico português: a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro

1. Alterações introduzidas à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, pela Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro

Em 2021, surge a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que vem alterar o regime jurídico da gestação de substituição, procedendo à oitava alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Este novo diploma visa a superação das vulnerabilidades assinaladas pelo TC, pelo que, de forma a obter um regime constitucionalmente aceite, introduziu alterações notórias em relação ao anterior regime, nomeadamente nos art.ºs 8.º, 14 e 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Logo no art.º 2.º vem limitar o acesso às técnicas de PMA a cidadãos nacionais e a estrangeiros com residência em Portugal. Esta solução pretende evitar o turismo reprodutivo, evitar *“que o nosso país se torne um destino de turismo procriativo neste domínio eticamente tão controverso”*⁶⁷.

No art.º 6.º estabelece que podem ser beneficiários das técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

A nível do art.º 8.º, mantem-se a noção de gestação de substituição do n.º 1, no entanto, alteram-se as condições de acesso. Assim, o n.º 2, estatui para a admissibilidade da gestação de substituição, além da excecionalidade e da natureza gratuita, que se esteja perante um caso de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeçam de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher. Quanto à gestante, esta dever ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe, de acordo com o n.º 3. Deve-se, no entanto, ter em consideração que cada gestação é ímpar, incomparável às demais, pelo que, embora seja esta uma norma de garantia do não “arrependimento”, pode não garantir absolutamente nada e, apesar de uma outra gestação da gestante, não garante

⁶⁷ PEREIRA, André Dias, *“Filhos de Pai Anónimo no Século XXI”*, in Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Porto e FDUP, 2017, cit., p.46

que a mesma não se venha a arrepender e a desistir do negócio jurídico de gestação de substituição.

De acordo com o n.º 4, a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários, de modo a manter a ligação genética com a criança que vier a nascer. No mesmo n.º 4, mantém-se a proibição da substituição genética, admitindo-se, apenas, a substituição gestacional, pelo que, a gestante não pode, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que participa.

A celebração de negócios jurídicos deste género carece de autorização prévia do CNPMA, entidade responsável pela supervisão de todo o processo, antecedida de audição da Ordem dos Médicos, tal como instituía o anterior regime, mas agora é também necessária a audição da Ordem dos Psicólogos. Este pedido de autorização prévia, para a celebração de contratos de gestação de substituição, é apresentado através de formulário disponível no sítio eletrónico do CNPMA, que cria o respetivo modelo, devendo ser subscrito pelos beneficiários, bem como pela gestante de substituição e ser acompanhado da documentação mencionada nas alíneas do n.º 6, do art.º 8.º.

Conserva-se a proibição dos contratos onerosos, no n.º 7 do art.º 8.º. Deste modo é proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente titulados em documento próprio, de forma a fazer prova de que aquele pagamento é efetivamente devido por despesas e não um pagamento simulado pelo serviço prestado. Para assegurar uma efetiva prevenção da proibição dos contratos onerosos, o legislador manteve, no n.º 8, a proibição da celebração destes negócios quando exista uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

De acordo com o n.º 9, a criança que vier a nascer do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários. No entanto, vejamos que no n.º 10 com remissão para o art.º 14.º, é conferido à gestante o direito ao “arrependimento” até ao registo da criança nascida, neste sentido se a gestante vier a revogar o seu consentimento, até ao registo da criança, esta será tida como filha daquela.

Os direitos e deveres dos beneficiários dos contratos de gestação de substituição estão previstos nos art.ºs 12.º e 13.º. Para além destes, nesta versão atualizada da LPMA, passaram, também, a estar legalmente consagrados os direitos e os deveres da gestante de substituição, da parte mais debilitada da relação contratual e que de maior tutela do direito carece, nos art.ºs 13.º-A e 13.º-B.

Assim, são direitos da gestante de substituição, de acordo com o art.º 13.º-A:

- a) Ser corretamente informada sobre as implicações médicas, psicológicas, sociais e jurídicas prováveis resultantes da celebração do contrato de gestação de substituição, nomeadamente dos riscos de potenciais complicações na gravidez;
- b) Ver concretizada a transferência de embrião em centro de PMA devidamente autorizado;
- c) Ser assistida em ambiente médico idóneo que disponha de todas de todas as condições materiais e humanas necessárias e adequadas ao acompanhamento da gestação resultante do cumprimento do contrato de gestação de substituição;
- d) Ter acompanhamento psicológico antes, durante e após o parto;
- e) Ser acompanhada e ter acesso às prescrições feitas pelo médico responsável pelo acompanhamento de doença de que venha a padecer durante a gravidez, ainda que tal possa comprometer a viabilidade da gestação;

Acrescenta-se, ainda, no n.º 2 do art.º 13.º-A, que a celebração, por parte da gestante de substituição, de negócios jurídicos de gestação de substituição através de contrato escrito não diminui o exercício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puérpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra. Note-se, ainda, a este propósito, a referência do n.º 14 do art.º 8.º da LPMA, segundo a qual o contrato de gestação de substituição não pode impor à gestante de substituição normas que atentem contra os seus direitos, nomeadamente os expressos no art.º 13.º-A.

Esta mulher que cede o útero, com o intuito altruísta de gerar uma criança a favor de outrem, fica sujeita aos seguintes deveres, atendendo ao art.º 13.º-B:

- a) Prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pela equipa médica responsável pela transferência do embrião e todas as outras informações que entenda revelantes para o êxito da técnica a que vai submeter-se;
- b) Seguir todas as prescrições médicas determinadas pela equipa médica referida na alínea a);

- c) Prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pelo médico responsável pelo acompanhamento da gravidez e seguir todas as prescrições médicas por este determinadas;
- d) Observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida, incluindo no que respeita à realização de viagens em determinados meios de transporte no terceiro trimestre da gestação e ao estilo de vida a manter durante a gestação;
- e) Informar os beneficiários da verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do contrato de gestação de substituição, nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez.

A celebração destes negócios jurídicos deve ser realizada, atendendo ao exposto no n.º 13 do art.º 8.º da LPMA, através de contrato escrito, livremente estabelecido entre as partes e supervisionado pelo CNPMA, no qual devem, obrigatoriamente, constar as cláusulas legalmente estabelecidas, entre outras.

Por fim, repare-se que esta nova redação dada pela Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, exclui a menção alusiva à nulidade para negócios jurídicos de gestação de substituição, gratuitos ou onerosos, que não respeitem os requisitos impostos pelo art.º 8.º.

2. Impedimento do recurso à gestação de substituição por casais homossexuais de homens (e de homens isoladamente)

O panorama atual de possíveis beneficiários das técnicas de PMA, instituído pela Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, bem como pela redação dada em 2016, impossibilita o recurso a estas técnicas por casais homossexuais de homens e por homens isoladamente. Poder-se-á, então, dizer que este é “*um método alternativo de procriação para as mulheres*”⁶⁸, sendo certo que a figura feminina terá de estar sempre presente para que um homem possa beneficiar do acesso a estas técnicas. Assim, a gestação de substituição, e no geral as técnicas de PMA, engloba, de certa forma, um tratamento distinto entre os casais homossexuais masculinos e homens que a título singular pretendem ser pais,

⁶⁸ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 241

comparativamente com os casais homossexuais femininos e mulheres que ambicionam ser mães solteiras.

Restringir-se o acesso apenas a uma categoria de beneficiários, sem que para tal não se evidenciem quaisquer razões, é uma plena violação de princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e não discriminação. Para VERA LÚCIA RAPOSO, “*o acesso de pessoas singulares ou de casais homossexuais às técnicas reprodutivas pode ser vedado com base num único motivo: o bem-estar e o melhor interesse da criança*”⁶⁹. No entanto, não há qualquer motivo para crer que o bem-estar e o melhor interesse da criança não está assegurado, aliás, como refere a autora, “*não existe estudo científico que demonstre que estas pessoas são inaptas para educar e amar uma criança, ou que essas crianças crescerão traumatizadas*”⁷⁰.

Em 2016, tal como no regime de 2021, o acesso era desde logo limitado pelo art.º 6.º, ao definir como possíveis beneficiários os casais de sexo diferente ou casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em situações análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Assim, a simples leitura deste art.º excluía do leque de beneficiários os casais homossexuais de homens, tal como homens isoladamente.

Por outro lado, o n.º 2 do art.º 8.º corrobora esta limitação ao estabelecer como requisito para o recurso à gestação de substituição a ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou situações clínicas que o justifiquem. No regime de 2021, manteve-se uma solução semelhante, mas com requisitos ainda mais apertados que impedem de forma absoluta uma leitura generosa do preceito. Vejamos o n.º 2 do art.º 8.º, segundo o qual apenas é possível o recurso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.

Citando RAFAEL VALE E REIS, “*só não seria assim numa leitura muito generosa da expressão do legislador situações clínicas que o justifiquem, e se, forçando muito a nota, se entendesse que um casal homossexual por ser absoluta e inexoravelmente estéril (scilicet: não podendo gerar por si uma criança pela circunstância de nenhum dos seus membros ter útero), se encontra numa situação clínica que justifica o recurso à gestação de*

⁶⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, “*De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra Editora, 2005, cit., p. 18

⁷⁰ *Idem*, nota de rodapé n.º 69, cit., p. 19

substituição”⁷¹. No entanto, não nos parece que a lei possibilite uma leitura tão ampla da expressão “situações clínicas que o justifiquem”, ao invés pretende cingir-se a situações clínicas, a patologias clínicas, que inviabilizem a gravidez de uma mulher e não a fatores de ordem natural, nem tem pouco se pode ignorar a letra do art.º 6.º.

Assim, conclui-se que o regime, tanto o de 2016, como o de 2021, quis mesmo excluir do seu leque de beneficiários casais homossexuais de homens e homens isoladamente, não constituindo uma causa justificativa de recurso uma condição objetiva ou naturalística, mas somente uma causa clínica.

Sendo a gestação de substituição um método alternativo de procriação tão nobre, motivado por um intuito altruísta, e que permite a concretização do projeto parental, consagrando o direito constitucional de constituir família e a liberdade de procriação, será descabido continuar a restringir o seu recurso apenas a uma categoria de beneficiários, sobretudo no caso de casais de homossexuais masculinos em que o único meio para realizar o desejo da paternidade biológica será este. Assim, creio que no futuro, e atendendo ao princípio da igualdade e da não discriminação, bem como ao direito ao desenvolvimento da personalidade, levantar-se-ão problemas de inconstitucionalidade, aguçados especialmente pela pressão social.

MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, ao apresentar argumentos contra a prática da gestação de substituição, refere que *“uma lei que admita a gestação de substituição por casais heterossexuais ou homossexuais femininos e a negue a casais do mesmo sexo masculinos viola o princípio da não discriminação em função do sexo no acesso à gestação de substituição”*⁷²

Contudo, caso se abra o regime para este conjunto de beneficiários, deverão ter-se em conta os termos em que a técnica poderá efetivamente ser aplicada, podendo ser descortinadas uma variedade de questões que merecem tutela do direito.

Nestes casos, deverá manter-se a regra da proibição da doação de ovócitos pela gestante, devendo estes provir, preferivelmente, de uma terceira dadora, evitando-se a substituição genética, principalmente por questões ligadas ao eventual “arrependimento” da gestante.

⁷¹REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 240

⁷² PEREIRA, Maria Margarida Silva, *“Uma gestação inconstitucional: o desencaminho da Lei da Gestação de Substituição”*, JULGAR Online, janeiro de 2017

Quanto à gestação partilhada, a qual implica transferência de embriões para os quais tenham contribuído os dois membros do casal, simultaneamente, na tentativa de alcançar uma gravidez de gémeos, cada um deles biologicamente ligado a um dos membros do casal, podem levantar-se questões alusivas à criação de embriões. No entanto, desde que os limites e os princípios de criação de embriões sejam respeitados, não enxergamos razões maiores para que não seja de admissível ou para que, pelo menos, a tentativa clínica para o efeito seja possível.

No que respeita ao sigilo em relação a qual dos membros contribuiu, com êxito, para a formação do embrião ou embriões transferidos, também não se vislumbram razões de maior para que não possa ser aceite, não obstante o posterior direito ao conhecimento das origens biológicas da criança, único motivo pelo qual deverá ser quebrado o sigilo, caso a criança/futuro adulto assim o almeje.⁷³

Uma última nota, com relação à possibilidade de um dos membros do casal homossexual masculino ser transgénero. Apesar deste membro ter um aparelho reprodutor feminino, o que lhe permite suportar uma gravidez, a lei não permite, por ser legalmente homem, a sua inseminação, com sémen de um dador, pelo que a única forma de procriação à sua disposição será a gestação de substituição. *“Esse beneficiário não pode valer-se do seu útero, mas poderá lançar mão, eventualmente de um útero de terceira pessoa”*⁷⁴.

3. Mãe contraente a título singular

O direito de mulheres serem mães solteiras e da não discriminação dos progenitores não casados, tem vindo a consolidar-se, direta ou indiretamente, nas Constituições de diversos estados. Pelo que, é, hoje, plenamente viável uma mulher levar a cabo um projeto monoparental, socorrendo-se para tal de técnicas de PMA. Discutível será se este é ou não um projeto individualista e até egoísta, já que se veda, desde logo, a possibilidade de a criança ter uma família paterna. A questão que se coloca é se uma mulher isoladamente pode ou não recorrer à gestação de substituição, adiante-se desde já, que no nosso entendimento o recurso ao procedimento não lhe está vedado.

⁷³ REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., pp. 242-243

⁷⁴ *Idem*, cit., p. 243

A própria lei, no art.º 6.º n.º 1, estipula como beneficiárias das técnicas de PMA todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. No entanto, o pouco explícito n.º 4 do art.º 8.º, ao utilizar a expressão plural “com recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários” parece estar a exigir que a gestação de substituição seja efetivada por um casal. Contudo, acolhemos o entendimento segundo o qual o legislador apenas utilizou a expressão para se referir àqueles casos em que existem dois beneficiários, sendo que nesta circunstância apenas um está obrigado a contribuir com gâmetas, ao invés de tentar, com este sentido literal, excluir a hipótese de recurso às técnicas de PMA por uma mulher isoladamente.

Certo é que, para que uma mulher possa recorrer à gestação de substituição isoladamente, tem de preencher os requisitos definidos no n.º 2 do art.º 8.º. Ou seja, exige-se que sofra de uma patologia reprodutiva ou de uma situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Portanto, não podem estar subjacentes ao processo motivos menor interesse, como, por exemplo, o não querer passar pelo processo de gravidez por questões profissionais ou estéticas.

Deste modo, apesar do carácter dúbio do n.º 4 do art.º 8.º, o recurso ao processo de gestação de substituição por mulheres isoladamente não está limitado. Esta é apenas mais uma das normas em que o legislador foi pouco rigoroso, não clarificando o seu sentido, quando o deveria ter feito para que não se criassem dúvidas e inseguranças jurídicas. Diversamente, deixou o problema para a análise do CNPMA que, quanto à questão, se pronunciou no sentido de as mulheres a título singular não poderem ser beneficiárias. No entender deste órgão, e relativamente ao regime de 2016, apenas poderiam ser beneficiários os casais heterossexuais ou os casais homossexuais femininos, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges⁷⁵.

Posto isto, *“menos se compreende que uma mulher, isoladamente, tendo um problema reprodutivo possa utilizar a gestação de substituição e um homem, isoladamente, ou um casal homossexual (logo com total ausência de útero) não possa a ela recorrer, por ter uma infertilidade naturalística e não clínica”*⁷⁶. De facto, não se compreende tal solução

⁷⁵ Deliberação n.º 20/II, de 20 de outubro, 2017, “Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição”, disponível em: www.cnpma.org.pt

⁷⁶ REIS, Rafael Vale e, “Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., pp. 245

do legislador, não se compreende o porquê desta discriminação em função do sexo, sem, volte-se a realçar, qualquer razão justificativa. Parece-nos que se quis, numa solução arcaica e discriminadora, diferenciar o amor paterno do amor materno, quando estes não se diferenciam, apenas se assemelham.

4. O triunfo do consentimento livremente revogável, por parte da gestante, após o nascimento da criança

A Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, determina que, relativamente ao consentimento das partes seja aplicado o art.º 14.º, excetuando-se o n.º 4 deste preceito. Portanto, o consentimento deve ser livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante médico responsável e, no que diz respeito à gestação de substituição, livremente revogável, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida, veja-se o n.º 10 do art.º 8.º.

Esta solução veio dar resposta aos problemas de inconstitucionalidade detetados pelo TC, nos Acórdãos do TC n.ºs 225/2018, de 7 de maio de 2018 e n.º 465/2019, de 18 de outubro de 2019⁷⁷. Relembremos que, para o TC, a norma do n.º 8 do art.º 8.º, em conjugação com a do n.º 5 do art.º 14.º, ambas da LPMA, eram inconstitucionais, com força obrigatória geral, por não admitirem a revogação do consentimento da gestante até à entrega da criança ao casal contraente e limitarem esta revogação ao início dos processos terapêuticos. Na causa desta inconstitucionalidade estava a violação do direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, analisado de acordo com o direito a constituir família e com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da nossa CRP, consagrado logo no seu art.º 1.º. Para este Tribunal, o consentimento dever ser atual ao longo de todo o processo, de forma a permitir que a gestante assuma a maternidade da criança por si gerada, caso assim o deseje. No fundo, trata-se de salvaguardar a posição da gestante, para que esta possa agir no pleno exercício da sua liberdade e não se torne, em momento algum, em mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários⁷⁸.

⁷⁷ Acórdãos analisados no Capítulo II, ponto 2.3.3., “*O problema da inconstitucionalidade*”

⁷⁸ Fundamentação da decisão do TC, para tentar proteger a dignidade da pessoa humana

É de complexa compreensão que, no regime de 2016, a gestante de substituição, ao aderir ao contrato-tipo, apenas pudesse revogar o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA, ou seja, ainda antes da criança ser concebida, renuncia à sua qualificação de mãe. Por outro lado, é preciso ter em consideração que o processo de gestação é um processo complexo, a este está associada, para além de fatores emocionais de diversos níveis, a ligação afetiva da gestante com o feto, pelo que não será estranho que a gestante, no final do processo, aquando do nascimento da criança, aquando do primeiro contacto, pretenda ficar com o bebé por si gerado e assumir ela própria a maternidade, mesmo que não exista qualquer tipo de ligação genética.

Impedir que a gestante revogue o seu consentimento, após o seu nascimento da criança, é, indiscutivelmente, atentar contra a dignidade da pessoa humana, que esta constitucionalmente correlacionada com a garantia constitucional dos direitos fundamentais, sendo estes fundamento e limite do Estado Democrático concebido pela Constituição. Para JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, a Constituição, ao fundar a República na dignidade da pessoa humana, está a clarificar que o poder ou domínio da República terá de assentar em dois pressupostos: em primeiro lugar, está a pessoa e só depois a organização política, por outro lado, a pessoa é sujeito e não um mero objeto, é um fim e não pode ser um meio de relações jurídico-sociais⁷⁹. Este princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamento assente da nossa sociedade, sobretudo após Kant, e frisa a não utilização da pessoa humana para alvejar fins alheios. *“Daí que a norma que inaugura a Constituição portuguesa afirme imediatamente o valor da eminente dignidade da pessoa humana, afastando-a da instrumentalização”*⁸⁰.

ORLANDO DE CARVALHO, fala sobre a existência de três variedades de consentimentos: o consentimento vinculante, que corresponde àquele que origina um comportamento jurídico autêntico; o consentimento autorizante, que atribui a outrem um poder de agressão, previsto no art.º 81.º, n.º 2 do CC; e, por último, o consentimento tolerante, caracterizando-se como aquele que, apesar de não atribuir um poder de agressão, justifica-a, com previsão legal no art.º 340.º do CC⁸¹.

⁷⁹ CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 198

⁸⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, cit., p. 48

⁸¹ CARVALHO, Orlando de, *“Teoria Geral do Direito Civil”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, novembro de 2012, p. 205

O n.º 1 do art.º 81.º do CC, estabelece que toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. Portanto, reconhecesse que os direitos de personalidade possam ser licitamente limitados, não se admitindo, porém, a disposição ou renúncia dos mesmos. Já o n.º 2 deste art.º 81, prevê que a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, embora a esta revogação esteja subjacente o dever de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

No âmbito da gestação de substituição, estamos perante um consentimento autorizante, pelo que se atribuí um poder jurídico de agressão. Deste modo, o consentimento voluntário da titular do direito em questão pode ser livremente revogável, a todo o tempo, sem prejuízo do dever de indemnizar os pais contraentes. Observa-se, assim, uma contradição com o princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, previsto no art.º 81.º, n.º 2 do CC. Já que, a gestante, por ser titular de um direito de personalidade, pode, voluntaria e licitamente, dar o seu consentimento para a limitação deste, no entanto, esse consentimento é livremente revogável a qualquer momento e não se pode restringir ao início dos processos terapêuticos, como dispõe o regime de 2016. Regime que permite que o casal beneficiário arranque dos braços da gestante a criança nascida, socorrendo-se da via judicial, em autêntica execução específica⁸². Portanto, não se confere qualquer direito ao “arrependimento” à gestante, após a transferência uterina, não havendo margem para que, após o nascimento, assuma a maternidade da criança gerada no seu ventre. Diga-se “após a transferência uterina”, porque o legislador, consagrou, no art.º 14.º, n.º 4, um leve direito ao “arrependimento” até ao início dos processos terapêuticos, que, no caso da gestação de substituição, deverá ser entendido até do momento dessa transferência do embrião, já que, mesmo que exista um compromisso contratual, “não há suporte jurídico nem efetividade prática para forçar a transferência uterina de embriões”⁸³

⁸² REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 265

⁸³ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 38, n.º 149, Janeiro-Março, 2017, pp. 9-51, cit., p. 22

Para GUILHERME DE OLIVEIRA, “no nosso sistema jurídico, um consentimento antecipado é nulo; ou seja, uma renúncia antecipada ao estatuto jurídico de mãe não é válida, não obriga civilmente o sujeito que a praticou”⁸⁴.

Neste aspeto, o Reino Unido adota uma solução totalmente díspar, pois “o direito ao arrependimento é de tal forma tutelado que nem precisa de assumir as vestes de uma revogação expressa do consentimento prestado, pois basta à gestante adotar um comportamento concludente: não entregar a criança, durante o período de 6 meses após o parto. Se a entrega não ocorrer, os beneficiários não conseguirão a parental order, com o efeito precípua de tal circunstância determinar, definitivamente, o estabelecimento da maternidade relativamente à gestante de substituição”⁸⁵.

Apesar deste problema de o direito ao “arrependimento” parecer de solução fácil e unânime, a verdade é não há, na doutrina, uma opinião uniforme. Para alguns, a solução atinge-se através de ferramentas do direito dos contratos, adotando uma perspetiva contratualista, procura-se responder até que ponto as partes se podem desvincular do contrato e quais as consequências dessa ruptura contratual. Para outros, a busca pelas respostas, quanto a este problema, passa pelo direito das pessoas, pelo direito da família.

VERA LÚCIA RAPOSO, apesar de reconhecer a complexidade do problema, adota uma perspetiva contratualista, defende que “o contrato de gestação é um contrato e, como tal, deve ser regulamentado pelas regras do direito dos contratos. Contudo, as especificidades que apresenta (aliás, nem se trata de um contrato típico) e a especial sensibilidade dos interesses envolvidos demandam uma adequação das regras contratuais”⁸⁶. Noutro texto, diz-nos que “o contrato de gestação deve ser regido por esta preocupação: o direito contratual deve deixar algum espaço ao direito da família, nomeadamente à proteção do melhor interesse da criança”⁸⁷.

Já para GUILHERME DE OLIVEIRA, “neste contrato de gestação de substituição encontramos-nos numa área pessoalíssima, onde se jogam direitos fundamentais, onde as

⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspetos jurídicos da Procriação Assistida”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 49, Vol. III, dezembro 1989, cit., p. 789

⁸⁵ REIS, Rafael Vale e, “Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 265

⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 38, n.º 149, Janeiro-Março, 2017, pp. 9-51, cit., pp. 23-24

⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas: Direito Contratual e Contratos de Gestação”, in Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Porto e FDUP, 2017, p. 171

vinculações são frágeis (artigo 81.º, n.º 2, CCiv) e a garantia de cumprimento tende a ser vaga”⁸⁸.

Para RAFAEL VALE E REIS, a designação correta será “*compromisso de gestação de substituição, para enfatizar que em causa está a assunção de uma vinculação, dentro da regulamentação oferecida, reduzindo-se a escrito, não só o consentimento dos envolvidos, mas também o enquadramento (prevendo direitos e obrigações das partes) que vai reger as relações recíprocas no decurso do procedimento*”⁸⁹.

Creemos que, neste campo, o que se deve procurar é a moderação, não devendo a solução cingir-se às respostas oferecidas pelo direito contratual, nem somente pelo direito da família, devendo, antes, harmoniza-se as duas áreas do direito, tendo sempre presente o melhor interesse da criança nascida e a proteção da gestante. Deve fazer-se um enquadramento digno da gestação de substituição, fazendo-se, assim, jus à temática sensível que temos em mãos. Apesar do regime, designar de “contrato” o documento escrito no qual é celebrado o acordo das partes, beneficiários e gestante, a verdade é que a figura do contrato não é estranha ao direito da família, pense-se, a título de exemplo, no instituto do casamento. Por outro lado, a verdade é que a doutrina se tem vindo a debater “*com sérias dificuldades quando procura resolver as questões mais intrincadas da gestação de substituição com o recurso às ferramentas do direito dos contratos*”⁹⁰.

Nesta sede, o princípio “*pacta sunt servanda*” não deve vigorar, precisamente porque não estamos perante uma situação rigorosa do direito contratual, mas antes perante uma coadunação deste direito, com o direito da família e o superior interesse da criança nascida. Assim, não poderá haver lugar a qualquer execução específica, pelo que, após o nascimento, os pais contraentes não poderão, pura e simplesmente, arrancar da esfera da gestante a possibilidade de esta assumir um projeto parental próprio. Defendemos que a gestante terá a última palavra quanto ao destino da criança nascida, podendo assumir a maternidade, caso assim o deseje, não obstante, nesta situação, ter de prestar pretensões indemnizatórias devido à frustração das legítimas expectativas dos beneficiários.

⁸⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, “*Gestação de Substituição em Portugal*”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración, 1988-2019*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yague, 2019, cit., pp. 813-814

⁸⁹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., pp. 267-268

⁹⁰ *Idem*, cit., p. 266

RAFAEL VALE E REIS diz-nos que “*pode parecer estranha a defesa de um direito ao arrependimento da gestante. Essa estranheza é natural, pois o arrependimento é, nesta sede, odioso, e o sistema deve tudo fazer para que ele não ocorra. Pode mesmo dizer que a consagração de um adequado regime de arrependimento deve ter como objetivo criar as condições para o não arrependimento e para que, em geral, ocorra o menor número de arrependimentos*”⁹¹. Defende, ainda, o autor que “*coisa diferente, e errada, julgamos, é pretender que a criança a nascer seja, por decreto, inserida na vida dos beneficiários, como se não tivessem decorrido 9 meses de gravidez, um parto, e não existisse uma gestante de substituição que por eles passou*”⁹².

Deste modo consideramos que, o direito ao “arrependimento” pode e deve existir, não só para tutela dos direitos constitucionais, como para garantir que a gestante é respeitada e não instrumentalizada. Como já vimos, a gestação de substituição é um tema sensível e meticuloso, devendo ser analisado segundo as suas características, o que justifica a introdução de diversas exceções à estrutura negocial, que alguma doutrina defende.

Atendendo ao regime consagrado em 2021, os beneficiários não podem, desde o início, dar como garantida a entrega da criança, pois a gestante, até ao registo da criança, pode livremente revogar o seu consentimento. Mas não será este prazo um tanto quanto curto para uma reflexão da gestante? Repare-se que, o registo deve ocorrer nos 20 dias após o nascimento da criança, no entanto na maior parte das situações este ocorre logo após o nascimento, inviabilizando-se, desde logo, a hipótese deste período temporal. Assim, cremos que o prazo deveria ser alargado para as 6 semanas após o parto, tal como é consagrado para o regime da adoção, presente no nosso CC no art. 1982.º, n.º 3. A não ser admitido este prazo, das 6 semanas, pelo menos que tivesse o legislador em atenção que o prazo dos 20 dias pode não ser respeitado, pelo que deveria ter instituído a obrigatoriedade do respeito por este período temporal de reflexão. Ou seja, só após este período temporal é que os beneficiários se tornariam, realmente, pais legais da criança.

⁹¹ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 270

⁹² *Idem*, nota de rodapé n.º 90, cit., p. 274

4.1. Este direito ao “arrependimento” deve ser concedido aos beneficiários?

O direito ao “arrependimento”, segundo parte da doutrina, pode assumir diferentes vestes: *“atuar antes ou depois do parto e referir-se quer à gestante (seja porque esta pretende abortar, seja porque pretende manter a criança para si) quer aos pais contraentes (que podem pedir/exigir à gestante que interrompa a gestação ou, embora não tencionem impedir o nascimento da criança, já não a querem para si)”*⁹³.

Na defesa do papel dos beneficiários vozes ecoam contra o direito ao “arrependimento” da gestante. Defende-se a este propósito que a gestação da criança não pode valer mais do que a ligação genética. À gestante cabe o mero papel de útero gestacional, não tendo esta qualquer tipo de ligação genética com a criança, uma vez que a doação de ovócitos para o processo lhe está vedada, pelo contrário esta ligação genética manifesta-se em relação a, pelo menos, um dos beneficiários. Por outro lado, a vontade primeiramente manifestada em assumir um projeto parental foi a dos beneficiários, foi a vontade destes, e não a da gestante, que impulsionou a gestação de um novo ser, pelo que o desfecho deveria ser o sucesso da primeira pretensão.

Contrariamente, este arrependimento pode provir dos beneficiários, referindo-se a este propósito que *“há arrependimentos que a lei não pode impedir, pois ninguém pode ser obrigado a cuidar de uma criança, nem mesmo os pais biológicos de crianças nascidas de ato sexual. De modo que não há forma de impedir que os pais contraentes dêem para adoção uma criança que já não desejam, por muito reprovável que tal seja eticamente”*⁹⁴.

Numa conceção contratualista, quando este arrependimento surja no período que decorre entre a transferência uterina e o parto e estes deixem de pagar as despesas provenientes da prestação do serviço, correm em incumprimento contratual. Nestes casos, julga-se conveniente a prestação de uma eventual indemnização e defende-se a criação de um seguro gestacional, para permitir que a gestante possa prosseguir com a gestação, de forma segura, independentemente de limitações económicas.

⁹³ RAPOSO, Vera Lúcia, *“Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”*, in Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 38, n.º 149, Janeiro-Março, 2017, pp. 9-51, cit., pp. 15-16

⁹⁴ *Idem*, cit., p. 17

Na perspectiva que defendemos, não nos parece que haja espaço ao “arrependimento” dos beneficiários, após o início dos processos terapêuticos de PMA. Num primeiro momento, antes do nascimento da criança e até ao decurso do tempo para a gestante livremente revogar o seu consentimento, não nos parece que gozem deste “arrependimento”. Atendo ao regime agora em vigor, neste período o feto ainda não é nada ao casal, não há estabelecimento da filiação a favor destes, pelo que não nos parece que possam desistir do que ainda não lhes pertence.

Após o nascimento, adotamos a perspectiva de RAFAEL VALE E REIS, segundo a qual deveria ser necessário requerer a “decisão de parentalidade” para o estabelecimento da filiação a favor dos beneficiários. Ou seja, caberia ao tribunal, após analisar todo o processo de gestação de substituição, verificar se os requisitos legais foram cumpridos e se a criança foi livremente entregue pela gestante ao casal beneficiário, argumentando, no final, sobre o estabelecimento da filiação⁹⁵. Neste pensamento, não nos parece que exista qualquer direito ao “arrependimento” dos beneficiários durante este período, primeiro porque nenhuma formulação jurídica os poderá obrigar a assumir a paternidade, por outro lado, este está sempre garantido, bastando para tal não requerer a “decisão de parentalidade” da criança outrora tão desejada. Neste enquadramento, caso não seja requerida a “decisão de parentalidade” o vínculo da filiação é estabelecido em relação à gestante, segundo o princípio “*mater sempre certa est*”, estando esta, de antemão, ciente desta possibilidade.

Situação distinta ocorre naqueles casos em que ninguém quer assumir o projeto parental, nem os beneficiários nem a gestante, aqui a lei não prevê uma solução legal, pelo que nos parece que o desfecho do processo de gestação de substituição seja a entrega da criança para adoção, já que não se pode forçosamente impor a alguém os poderes-deveres advindos da paternidade. Nesta circunstância, questionamo-nos se o desfecho do processo tem em consideração o interesse da criança, ou, pelo contrário, se restringe aos interesses egoístas dos intervenientes, motivados pelo desejo de ter filhos e acabou com uma criança querida por ninguém.

Relativamente à questão da interrupção da gravidez a pedido dos beneficiários, como já foi referido⁹⁶, esta é uma decisão pessoalíssima da mulher grávida, não enquanto gestante, mas sim enquanto mulher, estando impedida qualquer interferência na decisão aos

⁹⁵ REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 276-277

⁹⁶ Sobre o tema, Capítulo II

beneficiários. Contudo, se dúvidas restassem quanto à expansão da norma do artigo 142.º do CP à gestação de substituição, estas ficam clarificadas no regime de 2021, com a possibilidade de revogação do consentimento da gestante até ao registo da criança.

Quanto a esta questão da desistência, apenas se vislumbra um final feliz e descomplicado naqueles casos em que há um mútuo “arrependimento”, aqui, o filho agora indesejado pelos pais contraentes, passa a ser desejado e amado pela gestante.

5. A infeliz solução do silêncio em relação à nulidade do contrato

O regime de 2021, veio afastar a solução vertida no n.º 12 do art.º 8.º pelo regime de 2016, segundo a qual seriam tidos como nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitassem o disposto no art.º 8.º. Contudo, deve ponderar-se bem a solução da nulidade nos negócios jurídicos de gestação de substituição, bem como os respetivos efeitos jurídicos.

De acordo com o art.º 286.º do CC, a nulidade pode ser invocada a todo o tempo por qualquer dos interessados e é oficiosamente declarada pelo tribunal. Acarretando, como efeitos, o estabelecimento da maternidade na pessoa da gestante, devido ao princípio “*mater sempre certa est*”, aplicando-se, ainda, a presunção “*pater is est*”. Portanto, a gestante será, nestes casos, tida como mãe da criança e o respetivo marido como pai, sem prejuízo da ação de impugnação da paternidade a *marito*, quando não tenha fornecido o material genético.⁹⁷

Creemos que, esta solução não será a mais desejável, uma vez que pode ser invocada e declarada muito tempo depois de se estabelecer o vínculo familiar, pondo em causa a segurança jurídica e o direito à entidade pessoal da criança nascida. Não nos parece acertada uma solução que permita abalar a vida familiar já consolidada, arrancando dos braços dos beneficiários o filho que julgam ter e levando a criança para o seio desconhecido de figuras que não vê como pais. Em vez de se garantir a segurança jurídica que estes contratos vulneráveis necessitam, gera-se o caos e uma absoluta insegurança ao não se ter como garantido um filho, ao não se terem como garantidos uns pais.

⁹⁷REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 251

Portanto, não deve o legislador limitar o seu papel à proteção da gestante, claro está que esta é a parte mais débil, é indispensável proteger a criança que veio ao mundo através deste “compromisso de gestação”, é necessário garantir que os seus interesses e os seus direitos fundamentais estão acautelados. Por outro lado, esta proteção deve, igualmente, estender-se aos beneficiários, porque são partes de um contrato excecional, porque têm interesses que merecem tutela do direito, porque também se podem estar a violar direitos fundamentais destes.

A resposta a este problema não deverá passar pela pura e simples eliminação da solução que vise a nulidade dos contratos, deixando qualquer tipo de sanções a cargo, por exemplo, do direito criminal. Até porque a nulidade pode sempre ser invocada, por convocação do art. 280.º do CC, conjugado com os art.ºs 1796.º e 1982.º, n.º 3 do CC, portanto a única forma de a afastar é através de uma norma específica para o efeito.

A propósito diz-nos RAFAEL VALE E REIS que, *“eliminar totalmente, e em todas as situações, a regra da nulidade constitui, de facto, para as situações de recurso à figura num quadro de mercado negro, por exemplo, um claro benefício do infrator, permitindo lograr, injustamente, por via da ilegalidade, o resultado que a lei só permite no quadro do respeito pelo programa legal estabelecido”*⁹⁸.

Assim, julgamos que a resposta mais acertada será a de um sistema que permita a nulidade, mas apenas para casos de maior gravidade, para aqueles em que se recorreu à figura num puro contexto de “mercado de úteros”, de forma a não permitir aos beneficiários atingir, através do ilícito, o mesmo resultado do lícito. No entanto, consideramos desmedida a mesma solução para aqueles casos de menor gravidade, não nos parecendo ajustado retirar a criança da segurança familiar a que está habituada, apenas porque burocracias não foram cumpridas.

Se se entender que para estabelecer o vínculo de filiação a favor dos beneficiários é necessário requerer a “decisão de parentalidade”, como defende RAFAEL VALE E REIS, acaba por nem se colocar o problema da consagração legal da nulidade. Uma vez que, após se requerer a “decisão de parentalidade”, cabe ao tribunal a análise de todo o processo e a verificação do cumprimento dos requisitos legalmente determinados para lavrar um contrato

⁹⁸ REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 252

de gestação de substituição válido, criando-se deste modo um engenho que permite, desde logo, detetar falhas que gerariam nulidade.

Parece-nos, por isso, acertada a defesa de um regime nestes moldes, já que este afasta grandes problemas como o que se coloca em relação à convocação da nulidade para os contratos de gestação de substituição. Porém, se assim não se entender, deverá o legislador criar um mecanismo, uma norma expressa, que permita afastar o problema da convocação da nulidade, em situações de menor gravidade, durante um período alargado, de modo a não romper com os vínculos da filiação e os laços afetivos que, entretanto, se foram consolidando, não pondo em causa direitos fundamentais quer da criança quer dos beneficiários. Ou deve, pelo menos, determinar quais as violações legais que têm como consequência a cominação da nulidade. Portanto, aconselha-se a optar por um regime em que *“deverão merecer diferentes graus de censura as situações em que a gestação de substituição ocorre às escuras, em mercado negro, e sem procedimento iniciado no CNPMA, e aqueles outros em que apenas não se respeitaram burocracias, ou ocorreram erros procedimentais (por exemplo, acabou por utilizar-se o ovócito da gestante, ou não foi ouvida previamente certa entidade, como a lei obrigava)”*⁹⁹.

*“Caso se considere difícil estabelecer este programa de soluções, em geral e em abstrato, deverá, ao menos consagrar-se uma cláusula geral de efeitos putativos da gestação de substituição, por exemplo, em defesa do superior interesse da criança, e cuja aplicação cabe ao Tribunal, que decidirá, sopesando os interesses em conflito”*¹⁰⁰.

⁹⁹ REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 254-255

¹⁰⁰ *Idem*, cit., p. 255

CAPÍTULO IV- Questões controversas em torno da Gestação de Substituição

1. Instrumentalização da gestante e da criança nascida

Argumenta-se, contra a gestação de substituição, que a gestante é utilizada como um instrumento de satisfação de interesses alheios, colando-se em causa a sua própria dignidade. Nas a palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, a gestante *“é utilizada e despojada da sua dignidade como ser humano (art. 1.º CRP). Deixa de ser tratada como pessoa, para passar a mera incubadora dos filhos de terceiros. Já não é ela que controla a sua vida, mas sim os pais contraentes, que decidem os seus horários, a sua alimentação, os tratamentos a que se deve submeter”*. Acrescentando, que *“sofre uma enorme pressão psicológica, pois é forçada a entregar a criança após ter estabelecido fortes laços com ela”*¹⁰¹.

Nesta perspetiva aponta ESTRELA CHABY, defendendo que a gestação de substituição é uma afronta à dignidade da gestante, *“porque implica não apenas a instrumentalização de uma parte do corpo da mulher, mas sim a utilização de todo o seu corpo, durante a plenitude do tempo que dura a gestação. Uma vez que o corpo não é separável da pessoa nem a gravidez corresponde a uma condição médica, mas sim a um estado durante o qual a mulher mantém e utiliza a sua liberdade de viver, à gestação de substituição é inerente a utilização de outra pessoa em todas as suas dimensões de vida”*¹⁰².

GUILHERME DE OLIVEIRA, a propósito de contratos onerosos diz-nos que, *“o pagamento da gestação e da entrega do filho traduz-se numa coisificação da pessoa, numa degradação da pessoa e, por isso, é contrário à dignidade humana”*¹⁰³.

Não concebemos que este argumento possa ser acolhido entre nós, devido ao regime atualmente vigente. Em primeiro lugar, porque a lei, no n.º 14 do art.º 8.º conjugado com o art.º 13.º-A, afasta a possibilidade de limitação de direitos fundamentais da gestante, ficando esta, apenas, vinculada a deveres próprios da gravidez e não àqueles que os beneficiários lhe quiserem impor. Por outro lado, hoje, a mulher gestante pode livremente revogar o seu

¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, cit., p. 49

¹⁰² CHABY, Estrela, *“Direito de Constituir família, filiação e adopção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos - II

¹⁰³ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *“Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação”*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 22

consentimento até ao registo da criança, pelo que a lei lhe confere um direito ao “arrependimento” antes, durante e após a gravidez, permitindo que assuma a maternidade da criança, se assim o pretender.

Assim, pelos argumentos expostos e atendendo a que o contrato de gestação de substituição só é permitido a título gratuito e excecional, não nos parece que o corpo de gestante possa ser visto como um instrumento à livre disposição dos beneficiários, privilegiando-se a autonomia pessoal desta.

Quanto à criança diz-se que esta é tida como “criança-objeto”, utilizada para *“satisfazer desejos próprios, mais altruístas ou mais egoístas, a criança funciona como um meio de realização de fins que lhe são estranhos, e que ignoram por completo os interesses de que a criança é titular. O seu bem é regalado para segundo plano, ultrapassado pelo bem-estar daqueles que provocam o seu nascimento”*¹⁰⁴. Mas, vejamos, a semente para a conceção da maioria dos seres humanos nasce do desejo parental dos seus pais, do desejo de ter descendência, de educar e amar um filho, de constituir família. Assim, não se poderá dizer que a maior parte de nós nasceu para satisfazer interesses que nos são estranhos? E o que dizer daqueles casais que têm filhos para salvar o casamento? Portanto, a questão da satisfação de interesses que são alheios à criança, sem que lhe seja dada opção de escolha, não nos parece que seja válida apenas para negócios jurídicos de gestação de substituição, mas sim para todos os impulsos que dão origem à vida do ser humano.

Tão pouco pensamos que o bem-estar desta criança, que foi tão desejada, possa ser posto em causa ou esquecido. Aliás, a criança nascida desta técnica, provavelmente até será mais amada e protegida do que aquelas que são frutos de abusos ou de casos “acidentais”.

Argumenta-se, ainda, que a criança nascida desta técnica possa vir *“a padecer consequências psicológicas nocivas, dado o invulgar circunstancialismo que rodeou o seu nascimento. Daqui derivam crises de identidade, pois pode sentir-se dividida entre um leque de potenciais progenitores, desde os pais legais até à mãe gestacional, podendo ainda entrar em cena um dador de esperma e uma dadora de ovócitos, exteriores à relação contratual principal. A necessidade de conhecer as suas verdadeiras origens irá atormentá-la durante toda a vida”*¹⁰⁵

¹⁰⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, cit., p. 47

¹⁰⁵ *Idem*, cit., p. 48

A entender-se o argumento das “lesões psicológicas” como válido, então o mesmo deveria colocar-se em relação a todas as técnicas de PMA e não apenas quanto à gestação de substituição. Como defende VERA LÚCIA RAPOSO¹⁰⁶, estes problemas podem também colocar-se quanto à questão da adoção e, contudo, não se apresentam grandes discordâncias quanto a este instituto, aliás este tende, até, a ser bem aceite, pois é visto como uma salvaguarda de uma criança abandonada. Aqui não falamos de crianças deixadas ao abandono, queridas por ninguém, não obstante possa em reduzidos casos acontecer, falamos de uma criança que nasce de um enorme desejo, que se virá a estabelecer num seio familiar estável, em que a sua educação, alimentação, bem essenciais e proteção estão assegurados, configurando-se assim protegido o seu superior interesse.

Defendemos, porém, que esta criança tem o direito ao conhecimento da verdade biológica e ao conhecimento das origens, direito esse que lhe deverá ser assegurado desde o seu nascimento. Descortinar a verdade desde que nasce, permitindo que cresça com o conhecimento de quem foi a sua gestante, de qual foi o método da sua concessão e quais os motivos que levaram os pais a recorrer à gestação de substituição, julgamos que possa ser uma solução para essas possíveis crises de identidade e para combater possíveis sensações de abandono. Desta forma, a criança tem desde logo conhecimento de que não foi abandonada por ninguém e de que foi extremamente desejada, permitindo moldar a sua personalidade e identidade em função disso.

2. Comercialização do ser humano

Uma das questões que mais controvérsia tem causado em torno da gestação de substituição é a comercialização do ser humano, argumentando-se que esta ao tornar a criança num bem suscetível de ser transacionável atenta contra a sua dignidade.

Para GUILHERME DE OLIVEIRA, *“a gestação e entrega do filho, a troca de dinheiro, afeta a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por uma certa quantia”*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *“De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 48

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *“Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação”*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45

Também para JORGE DUARTE PINHEIRO, “a gestação e entrega de uma pessoa, a troca de dinheiro atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objeto, ao resultado de uma atividade”¹⁰⁸.

Merece a nossa concordância o argumento de que a gestação de substituição de carácter oneroso, além de pôr em causa diversos direitos fundamentais, pode ser vista como uma forma de comercialização do ser humano, afinal neste âmbito estar-se-á a vender a criança, transformando-a num objeto. Por esse motivo, repudiamos ordenamentos jurídicos que admitiam a figura num regime demasiado permissivo, como é o caso da Califórnia, pois estes desencadeiam práticas abusivas desrespeitadoras da dignidade humana, como a exploração da pobreza e a comercialização do útero e do bebé.

Contudo, defendemos que o regime português se afasta desta censurabilidade, atendendo a que a gestação de substituição apenas é admissível em casos excepcionais e quando revista a natureza gratuita. Portanto, aqui a gestante não recebe qualquer tipo de pagamento pelo “serviço prestado”, apenas recebendo dos beneficiários o ressarcimento de despesas inerentes ao processo, o que afasta as teses de comercialização do ser humano e do estabelecimento de um mercado aberto de bebés, em que crianças possam ser vendidas e escolhidas por catálogo.

3. Exploração da pobreza

Em desfavor da gestação de substituição defende-se que, esta é uma técnica que fomenta a exploração de mulheres economicamente mais desfavorecidas. Pois a mulher que se sujeita a gerar uma criança no seu útero, para posteriormente a entregar aos beneficiários, geralmente, provem de classes económicas e sociais mais baixas, sujeitando-se a este tipo de contratos por necessidade.

Porém, tenhamos presente que o nosso ordenamento jurídico aceita esta prática, mas somente a nível gratuito, precisamente para não se cair num buraco negro de exploração, fomentado pelas incapacidades financeiras da gestante, pois esta seria uma situação

¹⁰⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe Portadora- a problemática da maternidade de substituição”, in ASCENSÃO, José Oliveira de, Estudo de Direito da Bioética, Coimbra: Almedina, 2008, p. 334

insustentável que ultrapassa qualquer limite da dignidade da pessoa humana. Numa situação destas, ao permitir-se a comercialização do corpo para satisfazer o desejo de casais economicamente mais favorecidos, a gestante deixaria de ser um fim e passaria a ser um meio de satisfação de interesses alheios.

O próprio TC, pronunciou-se sobre esta questão, aquando da declaração de inconstitucionalidade do artigo 8.º da LPMA, argumentando que não existe, no nosso ordenamento jurídico, a hipótese de exploração da pobreza, já que estes contratos são somente permitidos a título gratuito, reforçando-se a autonomia da gestante. Acresce, ainda, que o legislador preveniu este tipo de situação, aplicando sanções civis e penais a quem leve a cabo contratos onerosos de gestação de substituição¹⁰⁹.

Ainda assim, há quem defenda que a compensação de despesas acaba por ter os mesmos efeitos que o pagamento, falando-se, a este propósito, de despesas encapotada, e que será sempre difícil um controlo judicial. Não podemos, com clareza, afirmar que isto não possa ser assim, é certo que pode sempre ocorrer a “passagem de dinheiro por debaixo da mesa”. Contudo, acreditamos que esteve bem o legislador ao estabelecer sanções para este tipo de situações, conseguindo, deste modo, não eliminar, mas reduzir a passagem de dinheiro dissimulado. Acrescentando, ainda, que todas as despesas devem ser devidamente documentadas para se fazer prova de que são, efetivamente, despesas advindas do contrato de gestação de substituição.

Talvez defender que a gestante tenha de ser uma amiga ou familiar do casal beneficiário, seja, quanto a esta questão, uma boa solução, pois mais facilmente alguém do núcleo familiar aceita, voluntariamente, levar a cabo uma gravidez solidária, motivada por um intuito altruísta, sacrificando-se em prol da felicidade daqueles primeiros. A verdade é que é difícil de compreender que uma “estranha”, em plena compaixão por aquele casal, aceite, solidariamente, gerar a criança sem que com isso receba qualquer tipo de benefício, isto pensando na perspetiva egoísta que motiva o ser humano.

¹⁰⁹ Acórdão TC n.º 225/2018, de 7 de Maio

4. O direito de constituir família

A gestação de substituição é entendida, por alguns autores, como uma forma de consagração do direito constitucional de constituir família. O art.º 36.º, n.º 1 da CRP estipula que “*todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”, acrescentando, ainda, o art.º 67, n.º 1 do mesmo diploma que a família é “*um elemento fundamental da sociedade*”, pelo que “*tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros*”. Daqui se depreende que, a função do Estado deve ser a de salvaguarda do instituto da família, pelo que nos casos de infertilidade compete a esta entidade garantir o acesso às técnicas de PMA, através de uma notável regulamentação.

Na gestação de substituição, que engloba outros interesses constitucionalmente protegidos, tem-se colocado a questão de saber quais os interesses que devem prevalecer, se, por exemplo, o valor da dignidade humana deve prevalecer sobre o direito de constituir família ou vice-versa. Como vimos, o primeiro é o princípio basilar da nossa CRP, inaugurando-a, pelo que compreendemos que este deve prevalecer sobre quaisquer outros interesses. Contudo, consideramos que, no regime em vigência, não se põe em causa a dignidade humana, pelo que não há uma prevalência de um interesse sobre o outro, mas sim uma compatibilização, assegurada pelo poder estadual.

Pergunta-se, ainda, se este direito constitucional de constituir família, abrange somente o direito a estabelecer laços de filiação ou se engloba, também, o direito de procriar. Para VERA LÚCIA RAPOSO, “*o direito de constituir família pode assumir plúrimos significados: i) ou se dirige no mesmo sentido do direito à reprodução; ii) ou exprime o direito ao reconhecimento jurídico de vínculos familiares previamente constituído; iii) ou se confunde com o direito ao matrimónio*”¹¹⁰. Concluindo que, o art. 36.º engloba não só o direito ao matrimónio, mas também o direito de procriação, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação¹¹¹.

Seguimos este entendimento de que este direito deve abranger, ainda que indiretamente, um direito à reprodução. Indo mais longe, consideramos que, numa leitura adequada à realidade atual, deve englobar não só a reprodução tradicional, mas também a

¹¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, “*De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 75

¹¹¹ *Idem*, p. 75

reprodução levada a cabo através de técnicas de PMA. Lembremo-nos de que, quando a Constituição foi elaborada, as técnicas de PMA estavam muito longe de existir, pelo que nem sequer se pensou na sua existência. No entanto, atualmente existem e são uma forma de procriação tão digna quanto a reprodução tradicional, assim deverá fazer-se uma leitura generosa do preceito de forma a englobá-las.

Para alguns, esta leitura não está correta quando se fala de gestação de substituição, por não a considerarem como uma verdadeira técnica de PMA. Todavia, não é esse o entendimento que adotamos, preferindo caracterizá-la como uma verdadeira técnica de PMA, que deve ser regulada e assegurada pelo Estado, como forma de assegurar o direito constitucional de constituir família, em plena igualdade de circunstâncias.

Portanto, o regime atual, ao permitir o acesso a esta forma subsidiária de procriação, está a garantir que este direito constitucional se cumpre. Podendo, contudo, apontar-se falhas em relação à igualdade de circunstâncias, pois, como já vimos, esta é uma técnica permitida apenas para um certo leque de beneficiários, do qual estão excluídos casais homossexuais masculinos e homens isoladamente.

CONCLUSÃO

A gestação de substituição, enquanto técnica de PMA, abre portas à realização do sonho de muitos casais que almejam ter filhos biológicos, mas que, por infortúnio da vida, não conseguem. Esta técnica permite que gerem o seu tão desejado e amado filho no ventre de outra mulher, a gestante de substituição.

Apesar de ser utilizada para satisfazer interesses dos beneficiários, o que se deverá ter em consideração é que estes não são interesses superficiais, nem tão pouco passageiros, é um interesse forte, é o desejo de um projeto parental, um plano de vida familiar, é a vontade de educar e amar uma criança. Sempre ouvi, de quem é pai e mãe, que um filho é o maior tesouro da vida, é um amor sem igual, com este conceito presente na mente, imagino a dor que é não se poder ter o tão aclamado tesouro. Não me permite esta dor alheia ficar-lhe indiferente, não devia permitir à restante sociedade, nem tão pouco ao legislador, para além de um desejo, falamos de um direito, o direito a constituir família.

Não creio, que este seja um tema, da forma como esta atualmente legislado, que viole a dignidade humana. Quanto à gestante, a dignidade está protegida, desde que se trate de um acordo livre, esclarecido, motivado por um intuito altruísta, esta é uma mulher que solidariamente, e em compaixão para com os beneficiários, se oferece para gerar a criança, para dar àquele casal o seu maior presente. Numa outra perspetiva, a criança que vier a nascer também vê a sua dignidade protegida, será certo que não é por se nascer de técnicas de PMA que vai ser menos amada, menos protegida ou educada. Relativamente aos beneficiários não nos parece que a solução à dor da infertilidade ponha em causa a sua dignidade, contrariamente a uma opção legislativa que a proíba.

Pensem na solução passada que vedava o recurso a esta técnica, quais as garantias que esta assumia? Julgamos que poucas, abria pura e simplesmente as portas para o estrangeiro, para um “mercado negro”, um mercado oculto, em que, aí sim, crianças são tratadas como objeto económico, gestantes vistas como meras incubadoras e o sofrimento dos beneficiários como um bom fim lucrativo. A propósito, diz GUILHERME DE OLIVEIRA, *“os bebés são ainda hoje aquelas coisas raras, que embora não tenham serventia óbvia continuam a ser procurados com o mesmo afã! Eles são tão pretendidos que*

quando não se podem fazer, encomendam-se”¹¹². Com a criminalização, prevista na versão originária da LPMA, os casais com recursos económicos, perante a impossibilidade de terem filhos no seu país, recorriam ao estrangeiro para os “comprar”, ao contrário quem não tinha essa possibilidade ficava com o sonho estagnado, com o direito a constituir família vedado. Contudo, tenhamos presente que este recurso ao estrangeiro, por vezes, atrai ainda mais problemas, basta pensar no processo de registo da criança, aquando da chegada a Portugal, este pode não ser conseguido, sob pena de a criança ser tida como apátrida e, num plano cinzento, ser entregue para adoção, motivada pela filiação não reconhecida.

Qual a diferença entre aqueles casais que procuram no estrangeiro um filho e aqueles que ficam com o desejo por realizar? Apenas a desigualdade financeira, pois a vontade de serem pais é, exatamente, a mesma. Por último, advogamos que, não é por um ato ser proibido e criminalizado que não é, efetivamente, produzido. Assim, julgamos que é melhor um sistema regulamentado e bem definido, que permita o acesso à figura mediante requisitos apertados que afastam todos os problemas a si associados, como, por exemplo, a instrumentalização da mulher, a comercialização da criança objeto de um contrato ou a violação da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, pensamos que, se existe forma de conseguir concretizar o desejo daqueles que querem ter filhos, mas não o conseguem por si só, deve-se legislar sobre a matéria, permitindo que os avanços científicos em torno da PMA sejam, efetivamente, utilizados por quem deles necessita. Lembremo-nos de que, estamos a lutar pela legalização de uma nova vida, e, lembrando VERA LÚCIA RAPOSO, “*se entendermos que o direito à vida é o mais básico dos direitos da pessoa humana, todas as ações que o fomentem ou favoreçam terão que ser legalmente admitas*”¹¹³.

Com a legalização da gestação de substituição no nosso ordenamento jurídico, podemos pensar que este problema do recurso a outros países, hoje, não se coloca, mas desenganemo-nos. Se é certo que esta foi legalizada para casais heterossexuais, para casais homossexuais femininos e para mulheres isoladamente, desde que cumpram os requisitos previstos no art.º 8.º da LPMA, a verdade é que o legislador desconsiderou uma certa categoria de pessoas, falamos dos casais homossexuais masculinos e de homens

¹¹² OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “*Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, cit., p. 11

¹¹³ RAPOSO, Vera Lúcia, “*De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, cit., p. 88

isoladamente. Esta solução infeliz, violadora do princípio da igualdade e da não discriminação em função do sexo, não levará a que este grupo de pessoas viaje até ao estrangeiro, para aí conseguirem gerar o seu filho no útero de outrem? Julgamos que sim, pelo que os problemas subjacentes a estas viagens não são um plano passado. Face a isto, e aos princípios que esta norma viola, deveria o legislador repensar esta solução, de forma a permitir que estas pessoas possam também recorrer à gestação de substituição no nosso país, até porque esta é a única forma de conseguirem ter filhos com ligação biológica.

Mas não restringamos as problemáticas da legislação da gestação de substituição apenas a este tópico, a ela continuam ligadas, no nosso ver, fragilidades, como o prazo reduzido para a livre revogabilidade do consentimento da gestante após o nascimento e a cominação da nulidade. Quanto à primeira, vimos que esse prazo pode não ser, efetivamente, respeitado, atendendo a que, na maior parte dos casos, o registo da criança ocorre logo após o nascimento, não se esperando, para tal, pelo decorrer dos 20 dias. Quanto à segunda, parece que o legislador quis suprir os problemas de inconstitucionalidade subjacentes à nulidade através do silêncio, porém, como foi analisado, o silêncio relativamente a esta sanção jurídica não a afasta, não supre os problemas que acarreta, pelo que, a nosso ver, se deveria legislar sobre este ponto.

A verdade é que quer a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, quer a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, se caracterizam, apesar das suas fragilidades, como um importante avanço em relação à gestação de substituição, ao alvejar a sua legalização. No entanto, é importante ter em conta que o caminho, apesar de traçado, não está totalmente percorrido, há pontas soltas que necessitam consideração legislativa.

A gestação de substituição a título excecional e gratuito pode e deve ser permitida, e permitida para todos os que dela necessitam, mas esta deverá ser uma permissão tão excecional quanto as especificidades que acarreta, *“terá de ser muito pouco utilizada, porque só poderá ser bem utilizada”*¹¹⁴. Entendemos que, deve ser permitida porque representa a consagração plena do direito a constituir família, bem como uma liberdade da gestante em dispor do próprio corpo. Além disso, o regime em vigência não abre portas à instrumentalização da gestante e da criança, nem tão pouco visa a comercialização do ser humano e a exploração da pobreza.

¹¹⁴ REIS, Rafael Vale e, *“Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas”*, Coimbra: Gestlegal, 2022, cit., p. 275

BIBLIOGRAFIA

- AGACINSKI, Sylviane e CHABY, Estrela, “*Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*”, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos
- Bloco de Esquerda, Grupo Parlamentar, Projeto de Lei n.º 141/X, consultado em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a64684e54677a4d7a59304c5464694d324d744e446c69596931685a4449304c54686c4f44497959544d794d4451334d79356b62324d3d&fich=7a583364-7b3c-49bb-ad24-8e822a320473.doc&Inline=true>
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “*Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho- Questões ético-jurídicas em torno da maternidade de substituição*”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 94, 2018
- CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014
- CARVALHO, Orlando de, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, novembro de 2012
- CHABY, Estrela, “*Direito de Constituir família, filiação e adoção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*”, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – II
- DAR, II Série A, n.º 69/VII/2, em 1 de agosto de 1997, pp. 1324 a 1329
- Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, consultado em: www.pgdlisboa.pt
- Deliberação n.º 20/II, de 20 de outubro, 2017, “*Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestão de substituição*”, disponível em: www.cnpma.org.pt
- DR, I Série A, n.º 94, de 22 de abril de 1993
- DR, I Série, n.º 221, de 25 de setembro de 1986

- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- OLIVEIRA, Guilherme de, “*Aspetos jurídicos da Procriação Assistida*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, Vol. III, dezembro 1989
- OLIVEIRA, Guilherme de, “*Gestação de Substituição em Portugal*”, in *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración, 1988-2019*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yague, 2019
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “*Mãe há só ~~uma~~ duas! O contrato de gestação*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992
- Parecer 92/CNECV/2017, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- PEREIRA, André Dias, “*Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!*”, in *Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto e FDUP, 2017, pp. 41-54
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, “*Uma gestação inconstitucional: o desencaminho da Lei da Gestação de Substituição*”, *JULGAR Online*, janeiro de 2017
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “*Mãe Portadora- a problemática da maternidade de substituição*”, in *ASCENSÃO*, José Oliveira de, *Estudo de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2008
- RAPOSO, Vera Lúcia, “*A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas: Direito Contratual e Contratos de Gestação*”, in *Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto e FDUP, 2017, pp. 169-188
- RAPOSO, Vera Lúcia, “*De Mãe para Mãe - Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005
- RAPOSO, Vera Lúcia e PEREIRA, André Dias, “*Primeiras notas sobre a lei portuguesa de PMA (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*”, em *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006
- RAPOSO, Vera Lúcia, “*Quando a cegonha chega por contrato*”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, Março de 2012
- RAPOSO, Vera Lúcia, “*Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)*”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 38, n.º 149, 2017

- REIS, Rafael Vale e, “*Gestação de Substituição: a arte de procrastinar*”, *Jornal Público*, 2019, consultado em: <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>
- REIS, Rafael Vale e, “*O difícil caminho da gestão de substituição em Portugal*”, disponível em: <https://observador.pt/opiniao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>
- REIS, Rafael Vale e, “*Procriação medicamente assistida: gestão de substituição, anonimato do dador e outros problemas*”, Coimbra: Gestlegal, 2022

JURISPRUDÊNCIA

— Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio de 2018

— Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, de 18 de outubro de 2019

LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Portuguesa
- Código Civil
- Código Penal
- Lei n.º 32/2006, de 26 de julho
- Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto
- Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro