



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Márcio Serafim Ribeiro Teixeira

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
DO SONHO À INCONSTITUCIONALIDADE**

**Dissertação no âmbito do Mestrado Em Direito: Especialidade em Ciências
Jurídico-Forenses orientada pela Professora Doutora Paula Sofia Couceiro de
Almeida Távora Vítor e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra.**

Julho de 2019

Mestrado Em Direito: Especialidade em Ciência Jurídico-Forenses

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO Do Sonho à Inconstitucionalidade

Márcio Serafim Ribeiro Teixeira

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela Professora Doutora Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



“Assim que nascemos,
choramos por nos
vermos neste imenso
palco de loucos.”

William Shakespeare

Agradecimentos

*À Minha Rosa, mãe e mulher da minha vida, e
Ao Meu Serafim, pai e o meu maior exemplo de vida!
Ao Meu Néilson, irmão e doce protetor do meu sangue.
A vós, pelos ensinamentos, pelos valores, pelo amor,
pelo equilíbrio e por serem sempre o meu porto de abrigo.
Trago-vos no coração.*

*Aos melhores anos da minha vida e a todos os que deles fizeram parte,
Aos que me acompanharam neste tão enriquecedor percurso,
Ao José, Pedro, Fernando, Rafael, Cristóvão, Fábio, Ricardo e Bruno,
A Coimbra, à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
A vós, pelo abraço de lucidez da minha história, na cidade dos amores.*

*À minha orientadora, Dra. Paula Távora Vítor,
pela paciência e disponibilidade, que sempre demonstrou.*

*A todos os amigos e amigas, colegas, parceiros e companheiros,
Àqueles que de alguma forma contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal.
Aos que levaram um pedaço de mim.*

*Finalmente, a ti.
Por teres aparecido no momento certo.
Por me teres feito chegar até aqui.
E por seres a minha mais bonita fraqueza.
Joana.*

Resumo

Vivem-se novos tempos, novas possibilidades. Com o avançar dos anos, torna-se importante perceber de que forma a evolução geral da humanidade interfere com um dos fenómenos cada vez menos naturais da nossa génese: o nascimento.

Sempre cientes do carácter problemático da Gestação de Substituição, abraçamos esta temática com o objetivo de se perceber o porquê de esta forma alternativa de gerar uma criança invadir tão abruptamente as esferas jurídica, médica, social e ética, entre outras, tendo sempre o principal foco o nosso Ordenamento Jurídico.

Para tal será importante, numa fase inicial, tentar esmiuçar os contornos do tema, de forma a ter total conhecimento do que realmente se trata esta técnica. Numa segunda fase analisaremos o desenvolvimento da Gestação de Substituição, desde o início do séc. XX até à atualidade: procuraremos abordar o seu progresso, desde o tempo em que não passava de uma mera especulação, aos tempos em que foi veemente reprimida, rematando com a análise da época em que esta foi, entre nós, uma prática legal.

Finalmente, faremos uma análise crítica ao que foi dito e feito pela Gestação de Substituição em Portugal no confronto com os preceitos constitucionais, sempre com o foco naquele que pode definir-se como principal objetivo desta Dissertação: reformular, a partir da Declaração de Inconstitucionalidade do Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 225/2018, a Lei da Procriação Medicamente Assistida, de forma a que a Gestação de Substituição seja novamente uma realidade em Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Gestação de Substituição, Procriação Medicamente Assistida, Barriga de Aluguer, Nascimento, Maternidade, Constitucional, Direito.

Abstract

New times, new possibilities. As the years go by, it becomes important to realize how the general evolution of humanity interferes with one of the less natural phenomena of our genesis: the birth.

Always aware of the problematic nature of the Surrogate Motherhood, we embrace this theme in order to understand why this alternative way of generating a child so abruptly invades the legal, medical, social and ethical spheres, among others, always having the main focus in our Legal Order.

To do that, it'll be important, at an early stage, to try to scrutinize the contours of the subject, in order to have full knowledge of what the technique is really about. In a second phase we will analyze the development of the Surrogate Motherhood, from the beginning of the 20th century to the present: we will try to approach its progress, from the time when it was nothing more than a speculation, to when it was vehemently repressed, ending with the analysis of when it was a legal practice among us.

Finally, we will make a critical analysis of what was said and done by the Surrogate Motherhood in our country, in the confrontation with the constitutional precepts, always with the focus on what can be defined as the main objective of this Dissertation: to reformulate the Law of Medically Assisted Procreation, to turn the Surrogate Motherhood in a legal practice again, starting from the Declaration of Unconstitutionality of the Judgment of the Constitutional Court with the number 225/2018.

KEYWORDS: *Surrogate Motherhood, Medically Assisted Procreation, Rent Belly, Birth, Maternity, Constitutional, Law.*

Siglas e Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

AR - Assembleia da República

Art./Arts. - Artigo/artigos

BE - Bloco de Esquerda

CDS - Partido do Centro Democrático e Social

Cfr. - Conferir, confrontar

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA - Centro Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-lei

DLG's - Direitos, Liberdades e Garantias

DOV - Ovodoação

ECLJ - *European Centre for Law and Justice*

ECLJ - European Centre for Law and Justice

FIV - Fertilização in vitro

IA - Inseminação Artificial

IVG - Interrupção Voluntária da Gravidez

Ob. Cit. - Obra Citada

PMA - Procriação Medicamente Assistida

PS- Partido Socialista

PSD - Partido Social Democrata

TC - Tribunal Constitucional

Índice

Agradecimentos.....	3
Resumo.....	4
Abstract.....	5
Siglas e Abreviaturas	6
Introdução	8
Capítulo I – A Gestação de Substituição: Conceito, Modalidades, Argumentação Contra e A Favor	12
Conceções de Gestação de Substituição.....	14
Modalidades da Gestação de Substituição	16
Argumentação Contra a Gestação de Substituição	18
Argumentação a favor da Gestação de Substituição	23
Da Maternidade à Gestação – o Peso da Terminologia	29
Capítulo II – Do Sonho à Inconstitucionalidade: O duro percurso da Gestação de Substituição em Portugal	33
A Substituição Proibida à luz da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho	35
A Substituição Autorizada à Luz da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.....	40
Uma Gestação Inconstitucional?.....	46
Conclusão.....	53
Bibliografia	56

Introdução

Mutatis Constant.

Vivemos num constante rodopio, desde o primeiro segundo de consciência, até ao cair do pano. *Não há cura para o nascimento e para a morte, a não ser usufruir do intervalo.*¹

Numa sociedade cada vez mais focada no desfecho do nosso percurso enquanto seres humanos, assumindo como de maior relevo todas as questões relacionadas com as patologias e vicissitudes que, diariamente, de uma ou de outra forma, tomamos conhecimento e que tão veemente nos inquietam, será importante contrariar tamanha inércia e esquadriñar aquele que é o momento mais importante da jornada de cada um de nós: o nascimento.

De onde viemos? Esta é a enfática questão que surge do processo evolutivo natural do ser humano, fundamentalmente ainda enquanto criança, e relativamente à qual faltam ainda, nos dias de hoje, soluções fundamentais e substancialmente credíveis. O fenómeno vida pode ser visto como um processo maravilhosamente subtil, resultado de influências tão complexas e de fenómenos tão delicadamente coordenados que se confundem com a imaginação. Um verdadeiro milagre.

Certo é que há aqui um denominador comum, ainda dentro daquilo que é a génese do fenómeno “vida” e mais concretamente pelo facto de ser quem carrega, para além do embrião, todas as consequências psicofísicas imediatas e demais responsabilidades inerentes a uma gravidez: a mulher.

Apesar de o ser humano não ser capaz de se autorreproduzir, será razoável dizer que a mulher é a quem, no seio do casal, incumbem praticamente todas as obrigações e encargos próprios de uma gravidez. *“Cem homens podem formar um acampamento, mas será precisa uma mulher para se formar um lar”.*²

¹ Frase de George Santayana, pseudónimo de Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y Borrás.

² Provérbio chinês, reforça a importância da mulher.

Porém, mais do que todas as questões diretamente relacionadas com a gestação em si, há que recuar ainda mais, até ao momento da pre-conceção, sendo que é neste patamar que maior das tormentas de muitos casais ganha forma: a esterilidade. Apesar de frequentemente se utilizarem os termos *esterilidade* e *infertilidade* para retratar a mesma realidade, tal não pode nem deve ter-se por efetivo, uma vez que cada uma das palavras reflete uma espécie de “debilidade” diferente. Enquanto que a *infertilidade*³ diz respeito a situações de incapacidade de levar a gravidez ao seu término com sucesso, isto é, quando o período de gestação se frustra por sucessivos abortos espontâneos, diferentes são as situações em que, após um ano (estimativa) de relações sexuais sem práticas contraceptivas, o casal continua sem conseguir obter a desejada gravidez, o que se denomina por *esterilidade*⁴ ou *infertilidade absoluta*.

Segundo a Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução um em cada dez casais enfrenta dificuldades em conseguir o filho que deseja. Claro está que com o avanço da medicina e da ciência foram surgindo algumas formas de combater a infertilidade e para isso, muito contribuíram as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (adiante PMA), como são a Inseminação Artificial (IA), também designada por Inseminação Intra-Uterina, consiste em inseminar sémen, no interior do útero, a Fertilização in vitro (FIV), que consiste na união do óvulo com o espermatozoide no laboratório, com a finalidade de obter embriões já fecundados para serem colocados no útero materno e que daí evoluem até se conseguir uma gravidez ou as Ovodoações (DOV), técnicas utilizadas como forma de combater a esterilidade e que *“deverão ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projeto parental, o que implica a consideração não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido”*⁵. Apesar de tudo, nenhuma destas técnicas de PMA, será suficiente para fazer engravidar uma mulher que seja incapaz de gerar um bebé no seu útero.

³ Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Consultation of In Vitro Fertilization in Infertility Care, Summary Report*, EUR/ICP/MCH, Copenhagen, 1990, *apud* CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, “*Relatório-Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida 3/CNE/93*”.

⁴ Cfr. TERESA ALMEIDA SANTOS, MARIANA MOURA RAMOS, *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Novembro 2010, pág. 9.

⁵ Cfr. Direito da Medicina – Legislação, Jurisprudência/ Pareceres e Convenções Internacionais, Capítulo V – Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

“Uma [das] imagens que marcam profundamente a consciência colectiva e as concepções individuais dos membros da sociedade [...] é a do casal infértil que finalmente toma nos braços o filho tão longamente desejado”⁶. Eis que se coloca a derradeira inquietação: como poderá uma mulher que, não tendo útero ou possuindo lesão ou doença uterina que a incapacite de forma absoluta e definitiva de gerar um bebé, engravidar?⁷ Mas é necessário ir mais longe e, após vários desenvolvimentos que se sucederam no passado recente, outras questões se levantaram e às quais, neste impasse que agora se vive, é indispensável dar resposta, tais como quão determinada e específica deve ser a legislação a adotar para o tema, de forma a evitar lacunas, divergências ou interpretações diferentes? Ou se, ao existir um contrato de gestação de substituição, nunca oneroso, não será fulcral a previsão de um regime de nulidade desse tipo de contrato no diploma legal? Ou até, se poderá a gestante, após ter celebrado o vínculo contratual e se terem iniciado todos os procedimentos exigidos pelo Centro Nacional de Procriação Medicamente Assistida (adiante CNPMA) ou até após o parto, arrepender-se e ficar com o bebé?⁸

De forma substancial, abordaremos aquele que foi o árduo caminho percorrido primordialmente neste novo milénio e a nível interno, nunca descorando da utilização do Direito comparado com breves referências aos ordenamentos estrangeiros, tendo sempre como principal foco, o que de bom fluiu, de forma a ter-se legalizado a Gestação de Substituição em Portugal, e o que se frustrou, de maneira a que, logo após a promulgação da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, tenham sido, alguns dos seus preceitos, declarados como inconstitucionais. Por fim, após a análise desses preceitos em específico, serão abordadas as

⁶ Ob. Cit. VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E Éticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 9.

⁷ Esta foi a premissa utilizada na Lei 25/2016 de 22 de Agosto que alterava a Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho e que regularia o acesso à Gestação de Substituição: no artigo 1.º pode ler-se que “a presente lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de Setembro, e 17/2006, de 20 de Junho.”

⁸ Estas três últimas questões resumem, de forma aqui muito sistemática, os argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional que levaram, após ter considerado que alguns aspetos da Lei n.º 25/2016 violavam direitos e princípios fundamentais, a declarar como inconstitucionais alguns dos preceitos deste diploma, e consequentemente, à suspensão da utilização da gestação de substituição como técnica de PMA.

correções a fazer no diploma de acordo com a perspetiva do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018, de forma a que, em Portugal, seja de todos o Direito a ter um filho.⁹

⁹ Já TERESA ALMEIDA SANTOS e MARIANA MOURA RAMOS referiam: “*O desejo de ter um filho é indiscutivelmente um dos mais universais e está incluído nos planos de vida da maioria dos indivíduos adultos*”.

Cfr. TERESA ALMEIDA SANTOS, MARIANA MOURA RAMOS, *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Novembro de 2010, pág. 9.

Capítulo I – A Gestação de Substituição: Conceito, Modalidades, Argumentação Contra e A Favor

Gênesis.

Todas as soluções são desencadeadas a partir do problema e da problemática, isto é, da necessidade do ser humano em encontrar respostas para as inúmeras questões que surgem, surgiram e surgirão.

“ORA, Sarai, mulher de Abrão, não lhe gerava filhos, e ela tinha uma serva egípcia, cujo nome era a Agar.

2 E disse Sarai a Abrão: Eis que o SENHOR me impediu de gerar filhos; chega-te, pois, à minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai.

3 Assim, Sarai, mulher de Abrão, tomou Agar, a egípcia, sua serva, e deu-a por mulher a Abrão, seu marido, ao fim de dez anos que Abrão habitara na terra de Canaã.

4 E ele chegou-se a Agar, e ela concebeu”¹⁰

Ao recuarmos até aos primórdios da história mundial e mais concretamente a um dos textos fundantes da nossa civilização, surgem, como este, exemplos de uma, ainda que escassa e pouco objetiva, preocupação com a incapacidade de gerar um filho. A bíblia sagrada, e mais precisamente na sua *gênesis*, conta-nos a história do triângulo entre Abr(a)ão, Sarai e Hagar: Sarai, esposa de Abrão seria incapaz de gerar um filho dele e utilizara a sua serva egípcia, Hagar, para dar a Abrão, o tão desejado filho. Filho este que seria carnalmente de Hagar, e legalmente de Sarai.¹¹

¹⁰ A IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS, *A Bíblia Sagrada, Contendo o Velho e o Novo Testamentos*, Primeiro Livro de Moisés: Gênesis, Capítulo 16, Intellectual Reserve, 2015, pág. 24.

¹¹ Esta foi também uma referência utilizada na abordagem inicial ao tema da Maternidade de Substituição, por parte de JOÃO CARLOS LOUREIRO in *Outro Útero É Possível: Civilização (Da Técnica), Corpo e Procriação* in *Direito Penal - Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pág. 1389 e 1390.

Podemos afirmar que tanto aqui como em outros textos cronologicamente análogos, desde cedo surgiu, ainda que em contornos bastante diferentes, alguma preocupação para com a impossibilidade de gerar um bebé: a problemática que serviu, mais tarde, de base, para o surgimento das técnicas de procriação medicamente assistida.

Na procura de soluções para a problemática, principalmente da incapacidade da mulher para gerar, a realidade da *mãe portadora* começou, com o tempo a ganhar forma. Chamar “mãe portadora”, “mãe hospedeira” ou “mãe de substituição” são termos que se equivalem em termos de significado: todos estes termos ou denominações, na perspetiva de JORGE DUARTE PINHEIRO, docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que aqui se subscreve, sugerem que se está perante uma figura maternal temporária, isto é, *alguém que é mãe durante o período de gestação e que depois deixa de o ser.*¹² Porém, entre nós, o processo é complexo. Apesar de, em 2006 ter entrado em vigor a lei¹³ que veio regular as técnicas de reprodução medicamente assistida, um significativo avanço para todos aqueles que atravessavam problemas em engravidar, gerar ou conceber uma criança, o mesmo diploma legal trouxe, como iremos ver mais adiante, um enorme *handicap* no que toca à temática da gestação de substituição: no seu artigo 8.º, a legislação em vigor, proíbia expressamente o recurso à gestação de substituição (denominada nessa altura por maternidade de substituição). Foram então precisos 10 anos para que se vislumbrasse uma luz, ao fundo de um bem fundo túnel.

¹² Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Mãe Portadora: A Problemática Da Maternidade De Substituição* in *Estudos De Direito Da Bioética*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 323 e ss.

O Autor chega até a concretizar que o termo “mãe portadora” é mais utilizado no Direito Francês, “mãe de aluguer” é utilizado principalmente no Brasil e “mãe de substituição” teve origem no direito anglo-americano.

¹³ Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho – Regula as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Conceções de Gestação de Substituição

Maternidade de substituição, barriga de aluguer, mãe de substituição, útero de aluguer, mãe de aluguer, mãe hospedeira, mãe de empréstimo, entre outros¹⁴, são vários os termos utilizados para descrever a mesma realidade: uma mulher que, por amor ou pela onerosidade, gera um filho que posteriormente entregará nos braços de quem apenas sonha poder fazê-lo.

A Gestação de Substituição sempre teve tanto de cativante como de intrigante e de instigante: é uma temática capaz de mesclar biologia, ética, direito, medicina, política, psicologia e até religião. Comumente, de forma resumida e sistemática, define-se a Maternidade¹⁵ de Substituição como *o acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entrega-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusive à qualificação jurídica de mãe*¹⁶. Porém, se a medicina e mais concretamente as técnicas de reprodução medicamente assistida se desenvolveram ao longo dos tempos, conforme iremos ver, também o conceito de Gestação de Substituição foi sofrendo mutações naturais com esse desenvolvimento, sendo que não podemos hoje ter como absoluta, esta ou outra definição.

Na perspetiva do Dr. RUI NUNES e na sequência daquilo que foi, como iremos ver, a efêmera e polémica legalização desta temática, a Gestação de Substituição, que já havia sido prevista pela Ordem e Código Deontológico dos Médicos há largos anos atrás¹⁷, não é um método alternativo de reprodução, isto é, o que está aqui em causa não será um arbítrio por parte dos pais ou da mãe, mas sim uma situação de último recurso derivada de uma

¹⁴ Há até ainda quem utilize os termos de *mãe por procuração* ou *mãe portadora*.

¹⁵ Mais à frente serão abordadas as mutações que esta terminologia foi sofrendo, com a vontade de concretizar em palavras o “fenómeno” aqui em causa.

¹⁶ Ob. Cit. VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E Éticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 13.

¹⁷ O *Código Deontológico da Ordem dos Médicos* de 2009, também intitulado como *O Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, ou Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro, refere, no número 5, do artigo 63.º, que “a maternidade de substituição só pode ser ponderada em situações da maior excecionalidade”, encontrando-se desde logo, ainda que numa ampla e pouco concreta menção, prevista esta técnica de reprodução medicamente assistida.

doença reprodutiva grave, que impossibilita o casal de reproduzir pelos métodos naturais, sentido este que tomou a legislação portuguesa aquando da *supra* referida legalização.

Para VERA LÚCIA RAPOSO, como vimos, *podemos entender por maternidade de substituição o acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entrega-lo a outra mulher (ou, em casos mais complexos, a um homem), renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente à qualificação jurídica de “mãe”*¹⁸.

Também para JORGE DUARTE PINHEIRO, o conceito de maternidade de substituição vai ao encontro daquilo que é, resumidamente e a par da última autora citada, o suportar de uma gravidez por contra de outra pessoa ou pessoas e a entrega da criança após o parto, a uma mulher que assume desde logo a qualidade jurídica de mãe.¹⁹ O autor sustente ser conveniente a adoção de uma definição, o mais neutra possível: *na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe*²⁰. Ainda indo ao encontro do que foi até agora dito, é o que refere CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, quando aborda, ainda no início deste milénio, a maternidade de substituição como uma técnica de Procriação Medicamente Assistida caracterizada por ser fundamentalmente uma *procriação para outrem*²¹.

Porém, nem tudo se torna tão linear quanto parece, quando observadas certas abordagens internas e externas ao tema, levantando-se inúmeras questões fundamentais, às quais é necessário dar resposta. O processo de legalização da gestação de substituição em Portugal foi lento e complexo por ser necessária a previsão e cautela de todas as

¹⁸ Ob. Cit. VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E Éticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 13.

¹⁹ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida* in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 777.

²⁰ Ob. Cit. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Mãe Portadora* A Problemática da Maternidade de Substituição*, Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 326.

²¹ Ob. Cit. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Os Efeitos Familiares E Sucessórios Da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)* in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 357 e 358.

controvérsias que essa legalização poderia trazer, o que ficou ainda mais vincado posteriormente, pela declaração de inconstitucionalidade que posteriormente analisaremos.

Modalidades da Gestação de Substituição

Pelo caminho que já percorremos até então estamos em condições de concluir que apesar de não utilizarem os mesmo vocábulos, em geral, todos os principais influenciadores e entendidos na matéria, uniformizaram de alguma forma a noção de Gestação de Substituição, chegando por diferentes vias, a uma mesma conclusão que, pode dizer-se, se sustenta no significado da palavra “substituição”. Ora, após este esmiuçar da sua noção, será importante também analisar, dentro do conceito comum de maternidade de substituição, as modalidades, variantes ou especificidades desta técnica de PMA. Para isso, destacaremos as perspectivas de dois dos autores que já aqui foram citados e referenciados.

No entender de VERA LÚCIA RAPOSO, à maternidade de substituição são atribuídas várias modalidades de efetuação, distintas e estatutariamente autonomiz aveis, entre: a *Fertilização in vitro* (IVF) e a relação sexual, a Substituição Gestacional e a Substituição Genética, o Contrato Formal e o Contrato Informal e entre Substituição comercial e Substituição Altru stica. No primeiro caso, a Gestação de Substituição pode ser feita mediante a utilização de outra técnica de PMA, que já identificamos, mais concretamente, a fertilização *in vitro*, nos casos em que o s emen que vai fecundar os óvulos é proveniente de um dador ou através da relação sexual com o elemento do casal (hoje pouco usual)²². Podemos também distinguir, em segundo lugar entre a substituição gestacional e a substituição genética: no primeiro caso, como o próprio nome indica, apenas se dá uma substituição do local onde o beb e será gerado, isto é, os órgãos reprodutores da gestante serão invadidos pelos gâmetas ou óvulos da mãe contratante, o que faz com que a primeira constitua apenas o meio de gestação e não possua relação genética com o feto; já no segundo

²² Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 31.

caso, acontece o oposto, isto é, a mulher contratante não possui ovócitos capazes, então estes terão de ser recolhidos de outra mulher e posteriormente inseridos na primeira, por forma a serem fecundados²³. Na terceira hipótese, a distinção é relacionada com a formalidade do próprio contrato de Gestação de Substituição. No caso de ser respeitada a formalidade, o contrato respeita o regime geral e   judicialmente sindicável (  um contrato escrito, com cláusulas e obrigações). Caso se assuma como informal, o contrato não é mais do que um acordo amigável, maioritariamente verbal, caracterizado normalmente pela relação familiar entre os contraentes²⁴. Por fim, e uma distinção que será deveras relevante para o que iremos expor ao longo da dissertação, é a que é feita entre a Gestação comercial e altru stica. Uma vez que abordaremos de forma mais aprofundada esta distinção no capítulo seguinte, basta-nos aqui referir que a primeira modalidade ocorre quando, pelo a gestante   remunerada pelo “serviço” praticado, sendo que a segunda modalidade se caracteriza antes por um ato de altru simo que a gestante pratica, para com o casal que sofre dos problemas de esterilidade²⁵.

Na perspetiva de JORGE DUARTE PINHEIRO, a Gestação de Substituição também se distingue, mediante as seguintes possibilidades: se a gravidez resulta da prática do ato sexual ou do recurso a uma técnica de PMA; se o ovócito que irá ser fecundado pertence à mãe de gestação,   mãe de receção ou a uma terceira mãe; se existe alguma contrapartida financeira para a gestante, assumindo a substituição, em caso afirmativo, o carácter de onerosa e, em caso negativo, de gratuita (para VERA LÚCIA RAPOSO, esta seria a última distinção entre duas modalidades, talvez por ser a mais importante); e, por fim, também no sentido que foi a autora *supra* abordada, a gestação distingue-se mediante a existência ou n o, de uma ligação familiar entre a mãe de substituição e a mãe contraente²⁶.

²³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e  ticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 31 e 32.

²⁴ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e  ticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 35 e 36.

²⁵ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e  ticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 36 e ss.

²⁶ Ob. Cit. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Mãe Portadora* A Problemática da Maternidade de Substituição*, Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 323.

Argumentação Contra a Gestação de Substituição

Em Abril de 2012, o *European Centre for Law and Justice*²⁷ (adiante ECLJ) apresentou, numa conferência organizada no Conselho da Europa e, mais concretamente, durante uma sessão da Parliamentary Assembly of the Council of Europe²⁸, um relatório denominado “Surrogate Motherhood: A Violation of Human Rights”²⁹ que veio reforçar ainda mais a alteração em relação a este tema. Entre os muitos argumentos expostos pelo Centro Europeu para o Direito e Justiça contra a Gestação de Substituição, podemos destacar de uma criança, nascida por este método, poder ter até seis adultos, a reclamar os seus direitos parentais, são eles: a mãe genética (doadora dos óvulos), a mãe gestante (de substituição), a mãe comissionária, o pai genético (doador de esperma), o marido da mãe gestante (pela presunção de paternidade) e o pai comissionário. Outro argumento que parece aqui minimamente viável, utilizado pela mesma entidade, é o facto de, mesmo nos países onde a maternidade de *substituição comercial*³⁰ é proibida, isto é, nos países em que não se permite que a gestante receba um pagamento para efetuar a gestação da criança, como foi o caso de Portugal³¹, a mulher que vai gerar o bebé poder ser igualmente coagida a aceitar a substituição através de outros métodos análogos, como por exemplo, por intermédio de violência física, pressão emocional, ameaça ou promessa relativamente a questões de relevo na vida da gestante que possam influenciar na tomada de uma decisão (emprego, estatuto social, regalias, etc.). Nestes casos, atribui-se uma espécie de onerosidade camuflada à gestação de substituição, que dificilmente consegue ser controlada por um Estado, quer através da legislação, quer através da fiscalização. Além destes argumentos, também se

²⁷ Em português, o Centro Europeu do Direito e Justiça, é uma organização internacional, não governamental, que se dedica à promoção e proteção dos Direitos do Homem, na Europa e no mundo.

²⁸ A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa é órgão estatutário do Conselho da Europa (não confundir com o Conselho da União Europeia) a que tem como função investigar, recomendar e aconselhar, em matérias que envolvam os Direitos do Homem. Realiza-se normalmente quatro vezes por ano, em Estrasburgo, no Palácio da Europa.

²⁹ “Maternidade de Substituição: Uma Violação dos Direitos do Homem”: foi este o título dado a este relatório, que coloca em causa, de várias formas, a compatibilidade de uma legalização da Maternidade de Substituição para com aquilo que são dos Direitos do Homem, apresentado assim ao Conselho da Europa.

³⁰ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 36.

³¹ A Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto, que previu a possibilidade de recurso à Gestação de Substituição como método de procriação medicamente assistida também proibiu todas as formas contratuais que não a gratuita, mais concretamente naquilo que constava no número 2 do artigo 8.º desse mesmo diploma.

levantaram uma série de interrogações relativamente ao cumprimento do contrato de gestação de substituição e quais as diligências a tomar quando, como por exemplo, a saúde ou a vida da gestante estiver ameaçada, ou se a mãe substituída quiser rejeitar, a meio da gravidez da gestante, a criança, ou no caso de ser detetada alguma deficiência na criança durante essa gestação. Também foi abordado desde logo aqui, aquilo que mais tarde se veio a denominar como “direito ao arrependimento”, sendo que o Centro Europeu para o Direito e Justiça se interrogou também, sobre o que fazer quando a mãe de substituição se arrepender, mudar a sua ideia e pretender ficar com o bebé.

Podemos aqui fazer um termo de comparação com aquilo que são, para VERA LÚCIA RAPOSO, os *Argumentos Contra A Maternidade De Substituição*³². Para a Autora, os argumentos contra a maternidade de substituição estão desde logo bem vincados naquilo que é o nosso texto constitucional, e mais concretamente naquilo que é o princípio da dignidade humana.³³ Mas mais do que este, existe uma série de fundamentos que podem deitar por terra todas as aspirações daqueles que vêm na gestação de substituição, a única forma de procriar. Começando na hipotética *instrumentalização da criança*, utilizando-a como um meio para a obtenção de fins que lhe são alheios, mas que pertencem a uma mãe, que faz uso desse ato altruísta por forma a realizar-se pessoalmente, relegando os interesses da criança para um segundo plano. A própria *instrumentalização da mãe de substituição* que, ao assumir-se como tal, como que abdica de ser tratada com a dignidade humana exigível, para passar a ser mera *incubadora dos filhos de terceiros*.³⁴ Para além destes, VERA LÚCIA RAPOSO refere ainda, como argumentos contra, a contratualização da maternidade³⁵, os efeitos nefastos que poderá ter este método na relação do casal contratante e na instituição

³² Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 47 e ss.

³³ Da Constituição da República Portuguesa, e mais concretamente no artigo 1.º e 67.º, número 2, alínea e), resulta que, compete ao Estado, para proteção da família, regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

³⁴ Foi este o termo utilizado por VERA LÚCIA RAPOSO para descrever o descontrolo sobre a sua própria vida que a gestante de substituição passa a ter com o contrato de Gestação de Substituição que subscreve, in *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 49.

³⁵ E mais concretamente a dúvida sobre se os assuntos ligados à família serão suscetíveis de serem contratualizados.

familiar³⁶, a exploração da pobreza³⁷, as questões morais e éticas suscitadas³⁸ e, por fim, a comercialização da vida humana e a indeterminação de maternidades e paternidades³⁹.

Para GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, a permissão de um contrato oneroso de Gestação de Substituição, ou das *mães “hospedeiras”*⁴⁰ não seria mais do que uma coisificação da própria criança, em que o preço a pagar pelo “serviço”, seria, o preço do bebé. Acrescento outros fundamentos, como é o da exploração das mulheres com menos possibilidades, o Autor acaba por concluir que um acordo deste género, sendo oneroso, para além de contribuir para a degradação da própria criança e da mãe, viola o princípio da dignidade humana. Já relativamente a um acordo gratuito, a coisa muda de figura. Desaparecendo o aspeto menos simpático do processo, o pagamento, sobressai aquilo que de mais positivo terá esta técnica: reforça-se o direito constitucional de constituir família e o interesse do bebé estará assegurado por aquilo que é a vontade dos pretendentes, os pais. Porém, acaba o Autor na mesma senda por concluir, que tal negócio privado de gestação nunca poderia ser reconhecido pelo nosso Direito, pelo simples facto de ser contrário ao princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores, e como tal, violando um princípio de ordem pública do direito da família, seria sempre nulo nos termos do artigo 280.º do Código Civil.

Uma das grandes críticas apontadas à gestação de substituição será então, sem dúvida, quando esta assume o carácter oneroso. *Alguns autores admitem a substituição*

³⁶ Isto é, a criança não funcionará sempre como remédio para a felicidade podendo, as circunstâncias do seu nascimento, trazer o efeito até contrário àquele que, muitas vezes, é pretendido: salvar o casamento.

³⁷ Nos ordenamentos em que a substituição comercial é permitida, corremos o risco de assistir a uma verdadeira fábrica de bebês em larga escala, como refere a Autora. Os casais aproveitar-se-ão mais rapidamente das condições precárias e falta de instrução, para assim contratar as gestantes com mais facilidade, nos países mais desfavorecidos.

³⁸ O que vai de encontro, por exemplo, com o argumento da instrumentalização: o facto de a gestação de substituição poder ferir alguns princípios básicos morais, como é, a título de exemplo da Autora, o princípio que determina cada ser humano como valioso em si mesmo, não podendo ser usado como instrumento para a realização de um fim.

³⁹ Reflete uma série de divergências doutrinárias, que necessitam de ser harmonizadas para que haja eficácia no método, como por exemplo, o Artigo 1796.º/1 do Código Civil, segundo o qual, *mãe é quem dá à luz*, o que, como já vimos, não pode ter-se por absoluto.

⁴⁰ Ob. Cit. GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, *Mães “hospedeiras”*, Tópicos para uma intervenção. Colóquio interdisciplinar sobre Procriação Assistida, em 12-12 de Dezembro de 1991, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1993, pág. 67.

*altruística, mas proíbem a de carácter comercial (...).*⁴¹ Será importante aqui distinguir entre estas duas modalidades, assumindo-se desde já, a posição também adotada pela nossa Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto: enquanto que a maternidade de substituição altruísta, quando verdadeiramente desprendida de qualquer tipo de coação se converte num ato de *generosidade e amor pelo próximo*, a substituição comercial pressupõe o *pagamento de uma vida*, o que vai contra aquilo que são os princípios fundamentais mais importantes da vida humana! Mais se pode acrescentar que, maioritariamente nos ordenamentos onde este último “género” de maternidade de substituição é permitido, as mães de substituição são, por norma mulheres carenciadas, de classe social baixa e com um nível de vida reduzido o que atribui um cariz de submissão/exploração. Mas MARGARET JANE RADIN vê as coisas de outra perspetiva. Esta, partindo do ponto de vista das próprias *mulheres de classe social e económica baixa*⁴² considera que estas assumem a gestação de substituição comercial não como exploração, mas, pelo contrário, uma autorização, estando estas autorizadas a vender bebés! E são então apanhadas num pau de dois bicos: se por um lado pode ser incapacitante a permissão da “mercantilização” das crianças, por outro, também o pode ser a proibição. Isto é, caso a gestação comercial não seja permitida, estas mulheres que já são pobres, assim permanecerão, e em circunstâncias que se considerarão piores do que se tornarem verdadeiras produtoras de bebés, fazendo dos ganhos o seu sustento; caso a gestação comercial seja permitida, estas mulheres, apesar de obterem uma fonte de rendimento, correm o risco de se tornarem a elas mesmas e aos filhos gerados, verdadeiros objetos fungíveis de troca⁴³.

Entre nós, em 2015, e pouco tempo antes de a Gestação de Substituição ter estado novamente “em cima da mesa”, no Parlamento, o ex-presidente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e obstetra, Miguel Oliveira da Silva, referiu, quando interrogado acerca deste tema, que a Gestação de Substituição se traduz numa *exploração da mulher e do corpo da mulher, como quem empresta uma caneta*”. Ora, estas palavras traduzem também um pouco daquilo que é o olhar mais conservador sobre o assunto, e são espelho do impasse que por cá se vivia, no período pré-legalização. Acabou

⁴¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 122.

⁴² Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 122.

⁴³ Cfr. MARGARET JANE RADIN, *Market Inalienability*, Harvard Law Review 100, 1987, pág. 1849-1937.

por dizer também que, *em condições absolutamente excepcionais, em que não possa haver qualquer vínculo económico ou financeiro de dependência recíproca de uma em relação a outra, posso admitir em tese que uma irmã empreste o útero a outra irmã e que não ganhe dinheiro por isso, como é evidente* acrescenta, admitindo então, embora que nas circunstâncias o mais extraordinárias possível, e nunca de forma onerosa, seria possível o recurso pela mulher à gestação de substituição. A propósito ainda desta última vertente, a substituição comercial⁴⁴, o ex-presidente do CNECV referiu ainda que mesmo nos países onde tal era proibido, *quem empresta o útero é alguém numa situação de dependência ou de subordinação financeira ou económica em relação à pessoa que vai beneficiar da criança que vai nascer (...) portanto é, de uma forma camuflada ou não, uma barriga de aluguer, (...) uma exploração do corpo (...) uma exploração até de sentimentos.*⁴⁵

Em suma, um vasto leque de fundamentos pode ser utilizado de forma a serem postos em causa pormenores fundamentais que caracterizam a Gestação de Substituição talvez pela necessidade de previsão de várias disposições que a compatibilizem com os vários princípios fundamenais e direitos que poderão estar a ser postos em causa pela utilização deste método de PMA. Certo é que se que comprova desde logo o escrupuloso caminho que tem sido percorrido até então.

Porém, se a Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto aprovou o acesso a este método de procriação medicamente assistida, ainda que, como iremos ver, apenas de admissão muito restringida a determinados casos, tal significa que nem tudo foram correntes negativas, e que *houve quem quisesse levar este barco a bom porto.*

⁴⁴ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 122 e ss.

⁴⁵ Esta último ponto de vista de Miguel Oliveira da Silva vai imediatamente de acordo com o conteúdo do relatório apresentado pelo ECLJ ao Conselho da Europa, nomeadamente no que toca à Gestação de Substituição altruísta que esconde uma certa onerosidade quando praticada sob coação, violência de todo o género ou outro tipo de influências.

Argumentação a favor da Gestação de Substituição

Partindo novamente de uma abordagem embrionária do tema para posteriormente nos versarmos sobre as perspetivas mais recentes, mas sempre anteriores à promulgação da Lei que permitiu o acesso à Gestação de Substituição, surgiam uma panóplia de argumentos a favor do tema, até porque nos parece claro que sempre foram mais os que quiseram que tal se tornasse numa realidade em Portugal, do que propriamente o contrário.

No Parecer n.º 63 do CNECV⁴⁶, em 2012, mais concretamente sobre as técnicas de PMA e a Gestação de Substituição, há um reforço positivo ao avanço da legislação no sentido da ratificação desta técnica em específico, fundado naquilo que é a *motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser [facto que] é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção (...) de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser*. Em suma, fundamenta-se aqui a aprovação da Gestação de Substituição de acordo com o valor do bem vida, e aquele que é um dos mais básicos direitos da pessoa humana⁴⁷.

Também VERA LÚCIA RAPOSO, reforça, naquele que é o seu último de um vasto leque de argumentos a favor da Maternidade de Substituição, que o próprio ato de alguém poder doar um filho a quem tanto o deseja mas que, por infortúnio da vida, não o consegue, por si só, tê-lo, é um ato nobre, de um *valor inestimável, porquanto é uma dádiva de vida*.⁴⁸ Aproveitando a referência, a Autora refere também como argumento a favor, os Direitos sobre o próprio corpo, e mais concretamente, das mulheres, isto é: se a mulher deve ter, de facto, o direito a tomar decisões autónomas relacionadas com o seu próprio corpo, tal impõe

⁴⁶ Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>. Página consultada a 14 de Junho de 2019.

⁴⁷ No artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, cuja epígrafe se pode ler, “Direito à Vida”, número 1, perpetua-se: *A vida humana é inviolável*.

⁴⁸ Ob. Cit. VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E Éticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 87.

que esta, por exemplo, possa ter *o direito a ter filhos sem ter de passar por uma gravidez*⁴⁹. Claro está que muitas destas afirmações, têm carácter, no mínimo, discutível, caso contrário, seria possível a todas as mulheres, em qualquer circunstância, recorrer à Gestação de Substituição ou até atuar como gestante de substituição. Como VERA LÚCIA RAPOSO refere, apesar de discutível, há por ali um fundamento que não carece de discórdia: o princípio da autonomia pessoal ou privada. Este princípio centra-se naquilo que é a liberdade de escolha e autodetermina o, na forma como cada um gere e conduz a sua própria vida, desde que, fazendo-o, não invada a esfera pessoal dos outros. Confrontando o princípio com aquilo que é a Gestação de Substituição torna-se claro perceber: não pode um Estado substituir-se   vontade de alguém que quer utilizar o seu próprio corpo para gerar, gratuita ou onerosamente, um bebê de outrem, assim como também não nos parece razoável que se proíba quem quer que seja de recorrer a uma técnica de PMA, por forma a contornar a sua esterilidade.

Para um Estado, não permitir que uma pessoa, que não tendo capacidade para tal (sem o recurso   PMA), se reproduza, em detrimento de todos aqueles que naturalmente o podem fazer, não está a pôr em causa o Princípio da Igualdade entre os Cidad os⁵⁰? Com algumas cautelas, parece este princípio basilar também ir de encontro ao que foi o anteriormente abordado. Isto é, a questão poderá analisar-se pressupondo uma balança: de um lado estão todos aqueles que, de forma natural e sem patologias que os impeçam, poderão reproduzir-se e do outro colocar-se- o todos aqueles que sofrem de problemas de esterilidade ou infertilidade. Aos olhos do Estado, há um direito fundamental que não está assegurado aos segundos, como vimos, que é o direito à vida, a gerar um bebê, a procriar e *a constituir família*⁵¹. Em termos de grafismo temos então uma balança desequilibrada, a pender para os que, de forma natural, conseguem reproduzir. Segundo o Princípio da Igualdade Entre os Cidadãos, não seria razoável ao Estado, não limitar ao máximo ainda mais as já poucas alternativas que os segundos têm em poder ter um filho seu? Não será exigível a um Estado, que o tanto quanto antes consiga equilibrar esta balança, possibilitando todas as formas mais

⁴⁹ Ob. Cit. VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E  ticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 66.

⁵⁰ Artigo 13.  da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), sob a Epígrafe *Princípio da Igualdade*”.

⁵¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e  ticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 72 a 78.

legítimas e que não interfiram com outros Princípios? Parece-nos claro que sim, mas com algumas ressalvas⁵².

Outros fundamentos, como o *Direito à intimidade e à reserva da vida privada* e o *Direito ao livre desenvolvimento pessoal* (artigo 26.º da CRP), podem de alguma forma, numa perspetiva muito pessoal, de quem procura ajuda através da Gestação de Substituição, quer para poder gerar o bebê de outrem, quer para que outrem possa gerar o seu próprio bebé, contribuir favoravelmente, na medida em que são direitos também de certa forma basilares, que devem ser tidos em conta, no que toca à reprodução.

JUDITH SÁNDOR fez uma análise às técnicas de PMA e à abordagem de alguns países para com estas, sempre tendo em especial atenção o seu país, Hungria, sendo que, quando abordada a questão da Gestação de Substituição (maternidade, para a Autora), esta começa por fazer uma análise crítica, que aqui se subscreve integralmente, relativamente ao juízo muitas vezes feito às mulheres que recorrem a esta técnica, no sentido em que o fazem, apenas *por uma questão de conveniência (com o objetivo de evitar o período longo da gravidez e um parto doloroso)*⁵³. Acontece que a maior parte, senão mesmo apenas salvas raras exceções, as mulheres que recorrem a esta técnica, são aquelas que, viram os seus  teros serem retirados ou incapacitados por patologias como   o cancro, mas que ainda, tendo ovários, podem tornar-se as *mães genéticas*, quando tal prática for legal. Relativamente à legalização da prática quando esta não envolva ganhos financeiros, a Autora defende que não se justifica uma total proibição pelo simples facto de intervir uma terceira pessoa no processo reprodutivo do casal, até porque, por termo de comparação com as restantes técnicas de PMA, também essas envolvem, normalmente, uma terceira pessoa. Invocando ainda que, nos ordenamentos onde tal não seja permitido, se acabam por não reconhecer os direitos reprodutivos a uma mulher que possui óvulos mas que não tem útero,

⁵² Tal como refere VERA LÚCIA RAPOSO, não se podem efetivar os fundamentos tal e qual conforme foi exposto porque tal gerar  outro tipo de discordâncias e discriminações. Senão vejamos, caso se circunscreva a lei sobre a PMA e mais concretamente a Gestação de Substituição, conforme o que está previsto, para casais heterossexuais, fazendo valer, na perspetiva aqui exposta, o Princípio da Igualdade, este mesmo princípio poderá ser da mesma forma violado, isto é, segundo o disposto no número 2, do artigo 13.º da CRP, não podendo haver discriminação dos Cidadãos pelo Estado, em função do sexo ou orientação sexual, colocar-se- o do outro lado da balança, agora, os casais homossexuais ou as pessoas singulares que queiram aceder a esta técnica de PMA, por exemplo. Com a solução se levantam novos problemas.

⁵³ Cfr. JUDIT SÁNDOR, *A Retórica Legal Em Torno Da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão*, 1ª edição, U. Porto Editorial, 2009, pág. 32.

e mais depressa se reconhecem os de uma mulher que tenha útero e não tenha óvulos, por exemplo, a Autora acaba por concluir que toda a repugnância, se assim se poder chamar, que ainda existe em torno da Gestação de Substituição, acabam por refletir a *existência de duas imagens sociais distintas no âmbito da parentalidade: a da paternidade e a da maternidade*.⁵⁴ De facto, se analisarmos a questão da mesma forma, conseguimos perceber que existe uma certa discrepância entre aquela que é a figura masculina em termos de direitos reprodutivos, em relação àquela que é a figura feminina, isto é, se a parentalidade se exige sob um casamento ou uma relação duradoura/consistente, já a maternidade não se exige apenas que apenas este gênero de consentimento, será necessário que seja a própria mulher a dar à luz a criança.⁵⁵

Por fim, uma série de outros argumentos desfavoráveis, poderão ser, também na perspectiva de VERA LÚCIA RAPOSO, facilmente dissipados. Em primeiro lugar, relativamente aos mais desagradados com a atribuição à Gestação de Substituição do carácter de prestação de serviço, há que questionar o porquê de não censurar também os demais serviços prestados com o corpo, legais no nosso ordenamento jurídico, como são, desde o trabalho intelectual ao manual, a título de exemplo, o desporto, a moda ou até a pornografia.⁵⁶ Quanto àqueles que invocam a nulidade deste tipo de contratos, com base no artigo 280.º, número 2 do Código Civil⁵⁷, denote-se que, mais contratos existem que têm a particularidade de envolver um ser humano como “objeto” de contrato, que não sendo alvo deste tipo de juízo, são admitidos no nosso ordenamento jurídico, como são, a título de exemplo, os contratos celebrados com um tipo específico de *babysitter*, o que normalmente acontece quando as mães biológicas não são capazes de, por si só, amamentarem o seu rebento, e têm de recorrer a uma ama que terá como obrigação decorrente do contrato, fazê-lo, substituindo-se à mãe biológica.

⁵⁴ Ob. Cit. JUDIT SÁNDOR, *A Retórica Legal Em Torno Da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão*, 1ª edição, U. Porto Editorial, 2009, pág. 32.

⁵⁵ Cfr. JUDIT SÁNDOR, *A Retórica Legal Em Torno Da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão*, 1ª edição, U. Porto Editorial, 2009, pág. 33.

⁵⁶ Estes são os exemplos escolhidos por VERA LÚCIA RAPOSO em *Quando A Cegonha Chega Por Contrato*, in “*Boletim da Ordem dos Advogados*”, N.º 88, Março 2012, pág. 26.

⁵⁷ Segundo o presente artigo, cuja epígrafe são os Requisitos do objeto negocial, mais concretamente no seu número dois, é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

Por fim, passaremos a analisar a abordagem feita à Gestação de Substituição pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, criada com o objetivo de regular o acesso às técnicas de Procriação Medicamente Assistida, de forma a percebermos, após a análise de muitas das “correntes” negativas e positivas, o caminho que foi percorrido, entre nós, até que a Gestação de Substituição fosse, finalmente, realidade. No seu artigo 8.º,   data, podia ler-se, sob a epígrafe “Maternidade de Substituição”, o seguinte: o primeiro número proibia, a qualquer título (oneroso ou gratuito), a maternidade de substituição, por nulidade do negócio; no segundo número, define-se maternidade de substituição como qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a crianç a após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade e, por fim, o terceiro número, atesta aquilo que é o artigo 1796.º do Código Civil, segundo o qual, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º (do mesmo Código)⁵⁸, isto é, mãe é quem dá à luz. Será importante também mencionar que o artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, nos remete para o artigo 39.º do mesmo diploma, onde, de forma muito resumida, se criminaliza a maternidade de substituição a título oneroso.⁵⁹

Ora, se tivermos em conta esta última etapa, a criminalização do título oneroso, e também partindo da análise feita por VERA LÚCIA RAPOSO, o bem que se quis proteger com a criminalização é a onerosidade do contrato, isto é, o tipo legal de crime apenas se pode aplicar aos negócios de maternidade de substituição que envolvam quantias monetárias, isto é, um pagamento pela gestação. Na perspetiva da autora *supra* mencionada, *o que está em causa – numa tipificação que muitas perplexidades suscita em termos de legitimidade criminal –   a defesa de um certo modelo de comportamento, censurando-se o facto de ser pago*⁶⁰. O que se pretendeu com a criminalização não se relacionou com a técnica em si, mas com o carácter de censurabilidade da onerosidade, o que nos remete para o direito penal

⁵⁸ Dos artigos 1803.º a 1825.º do Código Civil, estabelecem-se as regras relativas ao estabelecimento da maternidade, secção importante para a temática aqui estudada.

⁵⁹ Segundo o presente artigo, quem concretizasse contratos de maternidade de substituição a título oneroso seria punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, assim como quem promovesse, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso seria punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

⁶⁰ Ob. Cit. VERA LÚCIA RAPOSO, *Quando A Cegonha Chega Por Contrato*, in “Boletim da Ordem dos Advogados”, N.º 88, Març o 2012, pág. 27.

ancorado nos bons costumes e na moralidade. Há quem utilize aqui, novamente, o critério da dignidade humana, no entanto, conforme vimos anteriormente, não podemos ter por fundamento invocado banalmente para todos os problemas suscitados pela temática. Se tivermos por fundamento desta criminalização a analogia com aquilo que foi a escravatura de mulheres e a venda e tráfico de crianças, tal parece descabido, uma vez que, na maternidade de substituição, o estatuto da gestante, seria, no sentido da sua total liberalidade e autodeterminação, como uma normal prestação de serviços com o seu próprio corpo. Já relativamente o critério do tráfico e venda de crianças, podemos confundir com a coisificação da criança, o que, como também já vimos, por si só, não é suficiente para pôr em causa todos os valores e carga emocional envolvidos em quem procura utilizar este método.

Por fim, há que referir *que a maternidade de substituição não cura a infertilidade, aliás não há técnica reprodutiva que torne fértil quem é infértil*.⁶¹ O propósito é tentar por outro caminho aquilo que não se consegue naturalmente. O que se pretende é tão somente conceder uma nova vida, nunca por futilidade, a quem por mero infortúnio não é capaz. Capacitar deve ser um direito fundamental, e a legalização da maternidade de substituição, apesar de um procedimento escrupuloso e que deve ter em conta todas as eventuais controvérsias e nulidades futuras, é como fazer valer os mais basilares princípios da humanidade, é lutar pela autodeterminação, beneficência, oportunidade e, acima de tudo, pela igualdade!

⁶¹ Ob. Cit. VERA LÚCIA RAPOSO em *Quando A Cegonha Chega Por Contrato*, in “*Boletim da Ordem dos Advogados*”, N.º 88, Março 2012, p. 27.

Da Maternidade à Gestação – o Peso da Terminologia

Temos até aqui abordado o tema como maternidade de substituição, gestação de substituição, até em certo ponto se falou em barrigas de aluguer ou até mesmo em mães de substituição, de sub-rogação e demais termos, sempre sem qualquer tipo de objeção. Porém, será a terminologia utilizada de facto assim tão discricionária? Terão todos estes termos sido utilizados ao longo dos tempos, de forma livre e consensual? A resposta, como veremos, é negativa.

A nível interno, naquilo que foi a primeira abordagem legislativa a este tema, mais concretamente na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre a PMA, surge-nos a terminologia de “maternidade de substituição”, a qual é definida, segundo o que consta do número 2 do artigo 8.º desse diploma, 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”. Ora, apesar de já em 1986 ter nascido o primeiro “bebé proveta”⁶², só mesmo em 2016 foi encontrada resposta concreta, ainda que negativa, para a problemática aqui abordada. Mas será que a denominação original, de “maternidade de substituição” seria a mais correta?

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, a terminologia inicialmente utilizada foi a *supra* descrita, da mesma forma que a doutrina anglo-saxónica utiliza o termo de *surrogate mother*⁶³, isto é, à letra significa “mãe de sub-rogação” e, numa tradução menos rigorosa e mais interpretativa, “mãe de substituição”. Porém, chamar de mãe de substituição à mulher, que vai gerar o bebé, por impossibilidade de outrem, com vista à entrega desse mesmo bebé, após o período de gravidez parece-nos aqui contranatura, sobretudo se analisarmos a questão à vista daquilo que é o nosso direito: mãe é quem dá à luz. Assim sendo, chamar mãe de substituição à mulher que efetivamente dá à luz a criança, é estar a atribuir à verdadeira mãe (à luz da nossa visão jurídica e de acordo com aquilo que é também o direito da família de

⁶² Carlos Saleiro, nasce a 25 de Fevereiro de 1986, o primeiro bebé a nascer com recurso a uma técnica de PMA, nomeadamente, a fertilização *in vitro*.

⁶³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 72 a 78.

inúmeros países), outra denominação, uma vez que essa será mesmo a mãe biológica, o que causa uma certa descontextualização na aplicação do termo estando Impõe-se então a questão: quem é que atua em substituição de quem? Os pais que contratam com a gestante, assumem aqui o carácter de pais contraentes, pretendentes ou sociais⁶⁴. Quanto muito, no caso mais comum de recurso a este método, que é aquele em que o pai fornece o seu material genético para fecundar o óvulo da “mãe de substituição” por incapacidade da sua parceira, podemos considerar apenas este como o pai biológico enquanto a sua companheira é que será denominada como mãe pretendente, social ou contraente.

A mesma autora defende ainda um desmembramento da figura maternal: *os contratos de maternidade de substituição vieram mostrar que a actividade de dar á luz um filho e de o educar são diferentes, e que não têm que estar incumbidas à mesma pessoa*⁶⁵. Isto é, poderá haver mães que doam os seus óvulos para a gestante, mães que apenas geram as crianças e mães que criam e educam as crianças (sem as terem gerado, por exemplo).⁶⁶

Na perspetiva de JORGE DUARTE PINHEIRO, que aqui se subscreve, pode falar-se em “mãe de substituição”, “mãe hospedeira”, “mãe de aluguer” ou até em “mãe portadora”⁶⁷, certo é que *nenhuma das designações é perfeita*⁶⁸. Para o autor, existe uma certa ambiguidade, também, no termo “mãe (maternidade) de substituição, interrogando-se igualmente, sobre quem é que está a substituir quem, nesta relação. Em suma, tanto pode ser considerada como mãe de substituição a mulher que suporta a gravidez, e acaba por dar à luz o bebé, assumindo o papel de substituta em relação a quem detém, pelo menos fase contratual inicial⁶⁹, a vontade de ter a criança, fornecendo ou não o material genético para

⁶⁴ Cfr. JANET L. DOLGIN, *Defining the Family Law: Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age*, New York University Press, New York, 1997, pág. 64.

⁶⁵ Ob. Cit. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 34

⁶⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 34.

⁶⁷ “*Mãe Portadora: A Problemática da Maternidade de Substituição*” é o título do trabalho deste autor, que utilizou o termo de “mãe portadora”, equiparado ao que se utiliza, para descrever a mesma realidade, no Direito Francês.

⁶⁸ Ob. Cit. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Mãe Portadora: A Problemática da Maternidade de Substituição*, Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 323.

⁶⁹ A questão complica-se quando, a vontade da gestante se altera, e esta pretende, depois de iniciada a gravidez, e de “outorgado” o contrato de gestação, ficar com o bebé: o arrependimento da gestante (como veremos adiante).

que tal aconteça, ou então há também quem considere como mãe de substituição aquela que, após o nascimento do bebé, se vai substituir à gestante, ocupando o lugar da mulher que verdadeiramente deu à luz.

De entre todas as variantes na denominação deste processo, parece-nos aqui claro que sobram duas grandes opções, as mais comuns e que parecem ter reunido uma certa consensualidade: “maternidade de substituição” e “gestação de substituição”. A primeira, como vimos, apesar de ser também utilizada em outros países, como por exemplo em Inglaterra⁷⁰, França⁷¹ ou Itália⁷², pelas razões que antecipamos, não nos parece ser a mais viável a aplicar.

Também o CNECV, no Parecer n.º 63, em 2012, como que faz uma exposição do porquê de dever ser adotado o termo “gestação” ao invés de “maternidade”. Em primeiro lugar, começa por referir que a semântica escolhida nunca é igual em Bioética, realçando o carácter essencial de ser escolhida a terminologia correta. Em segundo lugar, acrescenta que a terminologia “maternidade”, *pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica.*⁷³ Ora, este último fundamento vai de encontro com aquilo que foi *supra* transposto, relativamente ao carácter ambíguo da terminologia e do risco de desfragmentação da figura materna. Por fim, o CNECV acaba por fundamentar a escolha do termo “gestação de substituição”, sustentada na objetividade dos procedimentos que podem decorrer entre a fase da transferência ou implantação uterina do embrião até ao fim da gravidez, se culminada num eventual parto.

Do mesmo entendimento foram os nossos legisladores que, conforme a perspetiva aqui também adotada, alteraram aquilo que era a epígrafe do artigo 8.º da Lei da PMA (de 2006) de “maternidade de substituição” para “gestação de substituição” (para além de ter aditado um considerável volume de alíneas, compreensível pelo facto de a partir daí, ser

⁷⁰ Em todos os países anglo-saxónicos, utiliza-se o termo *surrogate motherhood*.

⁷¹ Em França, o termo empregue é *maternité de substitution*.

⁷² Já em Itália, diz-se *maternità surrogata*.

⁷³ Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. Páginas 7 e 8, consultadas a 16 de Junho de 2019.

permitida tal técnica), na Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. Ora, esta alteração vai de acordo com o que se pretende concluir neste ponto: deve atribuir-se a terminologia de Gestação de Substituição⁷⁴ ao ato em que uma mulher sustenta uma gravidez acordada por contrato, com a obrigação de, no final desta, entregar o bebé ao casal contraente.

⁷⁴ Note-se que iremos referir de forma indiferenciada quer “maternidade”, quer “gestação”, de substituição, por uma questão de coerência, temporal e substancial, de acordo com as fontes consultadas, citadas e transcritas.

Capítulo II – Do Sonho à Inconstitucionalidade: O duro percurso da Gestação de Substituição em Portugal

Tractus.

As técnicas de PMA foram sendo integralmente introduzidas no nosso Ordenamento Jurídico, naquele que foi um processo gradual e complexo: não só pelo carácter escrupuloso próprio da temática mas sobretudo por lidar com aspetos delicados do quotidiano como são todos os fatores que envolvem uma gravidez, desde a fecundação ao parto em si. Para tal, em muito contribuiu o nascimento de Louise Brown, a(o) primeira(o) bebé concebida(o) através de uma técnica de PMA, mais concretamente a fertilização *in vitro*. Aconteceu a 25 de Julho de 1978, em Oldham, uma pequena cidade a norte de Inglaterra, e consta-se que o casal progenitor, Lesley e John Brown, já tentava a gravidez à 9 anos! Após cerca de aproximadamente 50 tentativas de utilização da técnica, sem sucesso, por fim o resultado pretendido foi obtido pelo casal, e a notícia rapidamente se espalhou, tendo havido claro está quem visse o acontecimento como um autêntico milagre, e quem, pelo contrário, achasse que estaríamos a levar longe demais aquilo que é a manipulação tecnológica do que deve ser natural. Surgiram desde logo diversas questões, tais como: seriam os bebés, que nasciam através desta técnica, completamente saudáveis? Os bebés do sexo feminino conseguiriam posteriormente engravidar por métodos normais?⁷⁵

Certo é que com o avançar dos anos, todas essas dúvidas foram dissipadas⁷⁶, e uma certeza pairava no ar: havia, a partir daquele dia, um método alternativo ao método de conceção natural. Entre nós, o primeiro bebé-proveta⁷⁷ foi Carlos Saleiro. Nasceu a 25 de Fevereiro de 1986, também por Fertilização *in vitro*. Tal acontecimento, mudou

⁷⁵ Disponível em: <https://fertilizare.com.br/conheca-historia-de-louise-brown-o-primeiro-bebe-gerado-pela-fertilizacao-in-vitro/>

Página consultada a 21 de Junho de 2019.

⁷⁶ Estima-se que, até ao final do ano de 2008, tenham nascido aproximadamente 3,5 milhões de bebés, graças às técnicas de PMA, o que por si só, revela o quão eficientes e uteis estas têm sido.

Cfr. TERESA ALMEIDA SANTOS, MARIANA MOURA RAMOS, *Esterilidade e Procriação Medicamentosa Assistida*, Novembro 2010, Imprensa da Universidade de Coimbra, pág. 10.

⁷⁷ Termo utilizado para descrever uma criança que nasce a partir de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

completamente a maneira como a nossa Sociedade encarava a infertilidade e teve, como principal responsável, o médico António Pereira Coelho.⁷⁸

Na perspetiva de JORGE BISCAIA⁷⁹, que abordou o tema, na viragem do século, como “Novas Paternidades”, o compêndio da utilização das técnicas de PMA era o seguinte: *O embrião tornara-se acessível aos médicos e aos cientistas*⁸⁰. Acrescentando que, o que até então não era mais do que um *sopro de vida* que nasce de uma relação de amor, após uma gravidez de nove meses, passou a ser desde então, um fenómeno *visível e controlado*. Em termos éticos, a grande mudança que as técnicas de PMA trouxeram foi a possibilidade de o pai ou mãe biológico-genéticos poderem não corresponder aos pais em que no seu seio haveria nascido a intenção de ter um filho⁸¹.

Porém, se já o facto de a própria fertilização feita em laboratório, fora do que até então seria a gravidez, gestação e parto naturais, ter causado grande consternação e incerteza a nível ético-social, a perplexidade e indeterminação acentuaram-se ainda mais quando surgiram os primeiros indícios da possibilidade de a mulher que pretende ter o seu bebé, fazer uso do útero de uma outra mulher: a gestação de substituição.⁸²

⁷⁸ Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/primeiro-bebe-proveta-portugues-nasceu-ha-25-anos=f634119>

Página consultada a 21 de Junho de 2019.

⁷⁹ Antigo presidente do Centro de Estudos de Bioética em Portugal.

⁸⁰ Ob. Cit. JORGE BISCAIA, *Problemas Éticos da Reprodução Assistida*, Revista Bioética, Vol. 11, n.º 2, 2003, Brasil, Conselho Federal de Medicina, pág. 81.

⁸¹ Cfr. JORGE BISCAIA, *Problemas Éticos da Reprodução Assistida*, Revista Bioética, Vol. 11, n.º 2, 2003, Brasil, Conselho Federal de Medicina, pág. 82.

⁸² Jorge Biscaia utiliza o termo “grosseiro” referindo que, se já numa fase inicial, marcada pelo aparecimento da fertilização *in vitro*, a adaptação social foi difícil, assim que, e por palavras suas, as *mães de aluguel, hospedeiras ou pagas* surgiram, a impacto foi então, ainda mais *grosseiro*. In JORGE BISCAIA, *Problemas Éticos da Reprodução Assistida*, Revista Bioética, Vol. 11, n.º 2, 2003, Brasil, Conselho Federal de Medicina, pág. 82 e 83.

A Substituição Proibida à luz da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

Até 2005, pouco se havia escrito sobre a Maternidade de Substituição. VERA LÚCIA RAPOSO acredita que tal se deve ao facto de esta ser uma técnica até então sem expressão em Portugal, uma vez que até esse ano não havia qualquer caso de decisão judicial relativa à gestação sub-rogada e também pelo facto de, à data, o direito biomédico ser uma ciência relativamente recente⁸³.

Apesar de ter surgido nos finais do século XX, o Direito Biomédico estava, já nos primeiros anos do presente milénio, dotado de algumas obras e investigações consideráveis em relação ao tema aqui abordado. Uma investigação de relevo foi a do Professor Doutor Guilherme de Oliveira, intitulada de “*Uma Mãe Há Só Duas*”, onde entre muitos conceitos ainda à data pouco desenvolvidos e debatidos, já nessa altura, o autor fazia referência a questões que no futuro se viriam a tornar fulcrais, como são os contratos de gestação de substituição⁸⁴ ou até mais em concreto, o direito ao arrependimento da gestante. É a partir desta mesma obra que VERA LÚCIA RAPOSO inicia um dos trabalhos⁸⁵ que também nos serviu de base, para percebermos o enquadramento até aqui abordado, primordialmente naquilo que foi a transição entre a proibição legislativa da Gestação de Substituição, em 2006, e a legalização da mesma, em meados de 2016.

Todos estes elementos contribuíram, dando mais expressividade ao tema, para que, na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, fosse finalmente abordada a Maternidade de Substituição

⁸³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 5.

⁸⁴ O autor chega a apresentar um exemplo muito concreto, de um contrato oneroso de Gestação de Substituição entre “António, Benilde, Teófilo e Teresa”, expondo todo o conteúdo das cláusulas que, hipoteticamente seria munido o contrato, o que é bastante elucidativo dos contornos e ajuda a perceber este tipo de Contratos. Posteriormente, o mesmo autor expõe uma série de argumentos baseados na jurisprudência e bibliografia estrangeiras que, na sua maioria, reprovam a gestação contratual onerosa.

Cfr. GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma (Duas): O Contrato de Gestação*, Coimbra Editora, 1992, pág. 17 à 46.

⁸⁵ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, pág. 5.

enquanto técnica de PMA. Mas em que contexto surgiu a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho? Qual então o seu âmbito de aplicação? Qual a referência à Maternidade de Substituição e porquê? Quais as consequências para quem fizesse uso da Maternidade de Substituição?

Tal como resulta do conteúdo do seu artigo 1.º, esta é uma lei que regula o acesso às técnicas de PMA. Este diploma legal é o resultado de cerca de vinte anos⁸⁶ de tentativas em legislar acerca deste assunto, sempre sem sucesso. Segundo VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA, tal se deveu à inconsistência parlamentar que se fez viver durante esses anos e às discordâncias *éticas, ideológicas e políticas*, que em relação ao tema proliferaram de forma a que, ao longo desses vinte anos, mais de uma dezena de projetos de lei tivessem sido *abortados*⁸⁷. O presente Diploma dispõe, em suma, sobre a Inseminação Artificial, a Fertilização *in vitro*, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides, a Transferência de Embriões, Gâmetas ou Zigotos, o Diagnóstico Genético Pré-Implantação e também sobre outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias às *infra* mencionadas. Também na sequência presente Lei foi criado o CNPMA, que tem como competência genérica, no seguimento do que consta no artigo 30.º, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA. De forma mais concreta, O CNPMA foi concebido por forma a: manter atualizada a informação científica relativamente às técnicas de PMA abrangidas pela Lei n.º 32/2006; fiscalizar e certificar que os centros onde se ministram as técnicas de PMA e onde se preservam os gâmetas ou os embriões cumprem todos os requisitos e quais as condições que devem estar garantidas para que estes possam “funcionar”; dar pareceres de vária ordem; tomar decisões necessárias em sede de matérias de maior relevo que envolvam as técnicas de PMA (como é, por exemplo, o documento onde um beneficiário de uma PMA presta o seu consentimento em relação à prática dessa técnica) e, por fim, avaliar os relatórios de funcionamento de atividade dos centros de PMA armazenando os dados para efeitos de controlo, registos, estatística, etc...

Porém, como já referimos, o mesmo diploma também aborda, e mais concretamente nos seus artigos 8.º e 39.º, a Maternidade de Substituição. No caso, a opção legislativa foi

⁸⁶ O primeiro projeto de lei relativamente às técnicas de PMA foi apresentado em 1986.

⁸⁷ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre A Lei Portuguesa De Procriação Medicamente Assistida (Lei N.º 32/2006, De 26 De Julho)*, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 3, N. 6, 2006, pág. 89.

pelo total repúdio, ou *veto*⁸⁸, que qualquer Substituição na Maternidade, quer esta assuma carácter gratuito, oneroso, genético ou meramente gestacional. Esse é, de forma objetiva e sistemática, o sentido que nos transmite o número 1 do artigo 8.º. No número 2 desse artigo, está definido, como já vimos no nosso primeiro capítulo, o conceito legal de Maternidade de Substituição. O terceiro número responde em parte, à pergunta sobre quais as consequências legais de quem fizer uso desta técnica de PMA: no caso de uma mulher se conformar a ser a gestante do bebé de outrem, essa mulher *será legalmente considerada mãe, uma vez que o contrato é nulo e não poderá produzir qualquer efeito*⁸⁹. Já o Código Civil Português, dispõe no seu artigo 1796.º, número 1, que a maternidade se estabelece em função do nascimento (parto), considerando como mãe a mulher que efetivamente dá à luz, independentemente da origem da fecundação e dos óvulos, pertencerem a si ou a outrem. Ora, esta visão do Código Civil vai de encontro àquilo que é o artigo 8.º, número 3 da Lei N.º 32/2006.

Já o artigo 39.º *supra* mencionado é o reflexo da total rejeição legal de qualquer género de Maternidade de Substituição. Neste caso, é abordada em específico a substituição a título oneroso⁹⁰, que é alvo de um repúdio tal que culmina na criminalização da sua prática. O número um tem como previsão da norma, a prática de contratos de maternidade de substituição a título oneroso, e como sanção a pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. O número dois tem como previsão da norma, a promoção, através de convite direto ou por interposta pessoa, ou através de anúncio publico, da maternidade de substituição a título oneroso, e tem como sanção também a pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Ora, relativamente à legalização da Gestação de Substituição, podemos resumir em três categorias, a sua admissibilidade: os casos em que esta prática é absolutamente proibida,

⁸⁸ A expressão utilizada por VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA é, relativamente à Maternidade de Substituição, que esta foi *absolutamente vetada* (“repúdio legal”), in VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre A Lei Portuguesa De Procriação Medicamente Assistida (Lei N.º 32/2006, De 26 De Julho)*, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 3, N. 6, 2006, pág. 95.

⁸⁹ Ob. Cit. VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre A Lei Portuguesa De Procriação Medicamente Assistida (Lei N.º 32/2006, De 26 De Julho)*, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 3, N. 6, 2006, pág. 95.

⁹⁰ Como vimos, a Substituição Onerosa consiste no contrato de Gestação de Substituição que envolve uma contraprestação financeira, a receber pela gestante, que pratica um autêntico “serviço”.

os casos em que ela é apenas parcialmente proibida, isto é, a proibição cinge-se apenas aos contratos onerosos de Gestação de Substituiç o⁹¹ (comumente identificados por “barrigas de aluguer”) e por fim, os casos em que é legal, de forma geral, o recurso   Gestação de Substituição. No nosso Ordenamento, em 2006, estivemos perante a primeira categoria, onde,   imagem do que acontece em França⁹², se proibiu tudo o tipo de Substituição. Existem, porém, casos em que tal não acontece, e saltando desde logo para a última categoria, surgem Ordenamentos onde se fazem aut nticas encomendas de beb s: s o os casos de Estados Unidos da América, Canadá,  ndia ou Austrália. Na Europa, esta prática é permitida no Reino Unido, na Bélgica, Holanda, Grécia, Ucrânia, Geórgia e República Checa.

Entre nós, toda esta reprovação pelo assunto faz-nos crer que ainda não estaríamos preparados para assumir a Gestação de Substituição como técnica de PMA. No que concerne ao contrato oneroso de Gestação de Substituição,   nítido o repúdio que transparece da Lei N.  32/2006 e podemos concluir que, aceitando esta possibilidade, estaríamos a atentar contra o valor da dignidade humana, equiparando-a a um serviço como outro qualquer, o que é severamente errado. Tratam-se de seres humanos, fetos, mulheres, decisões carregadas de um peso  tico-social elevadíssimo, e nunca podemos fazer equivaler a criança a um produto, serviço ou mercadoria qualquer⁹³. Até então, parece-nos a abordagem tida pelo legislador, a mais correta e que mais salvaguarda o interesses, direitos e princípios mais fundamentais dos cidadãos, sendo várias e de vária ordem as razões que levam a uma normal censurabilidade do ato de se gerar um bebê de outrem mediante uma contraprestação financeira.

⁹¹ JOÃO CARLOS LOUREIRO atribuía a determinação de “Gestação de Substituição de Proximidade” àquela em que o contrato era elaborado sem qualquer contrapartida financeira, o que normalmente acontecia quando a gestante tinha um certo grau de parentesco/afinidade para com a mulher que estaria impossibilitada de gerar um beb . Já quanto aos contratos onerosos, o autor utiliza o termo “Gestação de Substituição de Distância”. Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Outro útero   Possível: Civilização (Da Técnica), Corpo e Procriação in Direito Penal - Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pág. 1398.

⁹² No Código Civil Francês, mais concretamente no artigo 16-7 pode ler-se: “Toute convention portant sur la procr ation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”, isto significa: qualquer convenção relacionada com a procriação ou gestação de substituição é nula.

⁹³ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida in Estudos em Memória do Professor Doutor Ant nio Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 778.

Já no que toca à Gestação de Substituição a título gratuito, a abordagem que deve ser feita tem de ser, imperialmente, outra. É um facto assente que esta vertente já não é tão controversa, na medida em que não despoleta tantas indignações e críticas, e mais “eticamente concebível”, por comparação à que acabamos de abordar, por diversas razões: em primeiro lugar, há uma gestação, como vimos, de proximidade que se caracteriza por uma relação de intimidade entre os contraentes, o que facilita o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do contrato (ou não!)⁹⁴; em segundo lugar, o que estaria na génese da motivação contratual, para além da vontade do casal que não é capaz de gerar, seria o ato de altruísmo⁹⁵ da gestante, e nunca o simples interesse patrimonial; em terceiro lugar, seria sempre mais fácil para o CNPMA fiscalizar e coordenar o acesso a esta técnica; por último, apesar de sermos um país em que a técnica seria permitida, estaríamos precavidos do fenómeno do “turismo reprodutivo” de que padecem alguns países, como a Índia, uma vez que seria de manter a proibição da onerosidade da substituição.

O que é facto é que, todos estes e outros argumentos não foram suficientes, e prevaleceram outros, que pelo contrário atentavam também contra a Gestação de Substituição gratuita, como são: a nulidade ao abrigo do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil Português, mais concretamente pela violação dos princípios de Ordem Pública em matéria de Direito da Personalidade, pois o contrato obriga uma das partes a suportar *uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher*⁹⁶, assim como a ofensa ao conteúdo do artigo 1982.º, n.º 3 do Código Civil Português que, por aplicação analógica, uma vez que o artigo diz respeito à adoção, torna nulo o consentimento que estrutura o contrato de gestação de substituição, por força do artigo 294.º do mesmo Código⁹⁷. Tal como

⁹⁴ Podemos, de facto, partir da premissa de que esta relação de proximidade é favorável à perfeita conclusão do contrato de Gestação de Substituição uma vez que assenta no altruísmo de uma qualquer mulher que, pela relação que terá com o casal incapacitado, num ato de altruísmo, decide gerar o seu bebé. Mas também temos de estar cientes de que, quanto maior a proximidade, maior a confiança, e quanto maior a relação de confiança, maior é a suscetibilidade de desentendimento e desavença, uma vez que, o que une o casal à gestante, não são só os contornos de um Contrato de Gestação de Substituição, mas toda uma série de outros assuntos, pessoas e circunstâncias que, podendo complicar-se, podem levar a gestante a mudar o estado de espírito altruísta e, com isso, influenciar a gestação.

⁹⁵ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida* in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 778.

⁹⁶ Ob. Cit. PAMPLONA CORTE-REAL, *Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)* in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 358.

⁹⁷ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida* in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 779.

este tipo de fundamentação, foram também importantes para formar a vontade legislativa relativa a toda a Gestação de Substituição, os pareceres do CNECV e mais concretamente o parecer sobre a reprodução medicamente assistida (3/CN/93)⁹⁸ que definiu os princípios éticos que deviam ser respeitados, na utilização das técnicas de PMA. Talvez com menor relevo, mas que também ajuda a perceber esta rejeição, foi a, constituída em 1990, “Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias”, que era constituída por ilustres Doutores, e que, em suma era defensora da proibição da maternidade de substituição em Portugal, estando para tal munida de fundamentação que sustentava a sua posição⁹⁹.

A Substituição Autorizada à Luz da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto

Vivemos num verdadeiro vazio legal durante 19 anos, até 2006. Após esta fase de renúncia da Maternidade de Substituição, viveram-se desta vez, anos de turbulência e consternação, mais concretamente, dez foram os anos em que se viveu num impasse, sob uma das leis mais restritivas da europa: a absoluta censura à maternidade de substituição. Durante este tempo, muita tinta correu na imprensa acerca deste assunto, e este rapidamente ganhou a dimensão de assunto de ordem nacional. Desde cedo, unidades partidárias com expressão parlamentar, reuniram grupos de trabalho com vista à apresentação de projetos de lei que legalizassem esta técnica. Podemos dizer que os pioneiros terão sido os deputados do Bloco de Esquerda que, já em 2003, defendiam que até mulheres sós poderiam recorrer à Gestação de Substituição (no mesmo sentido daquilo que viria, mais tarde, a ser o conteúdo

⁹⁸ Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf
Página consultada a 27 de Junho de 2019.

⁹⁹ Cfr. COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Relatório da «Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias in Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, pág. 27 e 28.

da sua proposta de lei)¹⁰⁰. Mais tarde, em 2012, também PS e PSD apresentaram propostas de lei que visavam a correção da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho.

Em termos gerais e concretos, a proposta de Lei do Bloco de Esquerda resumia-se na possibilidade de todos os casais e mulheres, individualmente e independentemente do seu estado civil, recorrerem às técnicas de PMA e, no que toca à Maternidade de Substituição, exigiam a sua legalidade, sempre que houvesse razões clínicas para tal (ausência ou dano no útero). A proposta do PS, num grupo de trabalho onde se incluiu a ilustre Maria de Belém, ex-presidente da Comissão da Saúde, que havia elaborado a lei da PMA, em 2006. Em suma, a sua proposta centrava-se no combate à prática clandestina das barrigas de aluguer, pautando-se pela legalização da maternidade de substituição não apenas para os casais heterossexuais, mas estendendo-se às mulheres que, clinicamente, não pudessem suportar uma gravidez. Já a proposta apresentada pelo PSD é em tudo semelhante a esta, aditando um pormenor de relevo para o caso, que é o facto de o acesso à PMA se restringir apenas a casais heterossexuais.

Já em 2014, se começou a vislumbrar uma luz ao fundo do túnel. Foi criado um grupo de trabalho específico para que fosse possível chegar-se a um acordo relativamente ao *modus operandi* desta introdução legislativa unindo-se as ideias dos três grupos partidários *supra* mencionados, com a particularidade de o CDS¹⁰¹ se ter recusado a dar o seu contributo. O carácter complexo dos preceitos que revestem o tema e a linha ténue entre e constitucionalidade e inconstitucionalidade da prática desta técnica levou a que fossem necessários vários meses de “negociação” com vista à perfeição da alteração ao diploma de 2006. O projeto de lei, após estar concluído e aprovado no Parlamento, foi enviado para Promulgação do Presidente da República e aqui se temeu o pior: o veto¹⁰². Acontece que, de

¹⁰⁰ Disponível em: <https://www.jn.pt/sociedade/saude/interior/barrigas-de-aluguer-com-legislacao-aos-solavancos-2250232.html>

Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰¹ Disponível em: <https://observador.pt/2014/06/11/lei-da-procriacao-medicamente-assistida-adiada-mais-uma-semana/>

Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰² Haveria questões técnicas, até mais do que éticas, que eram constantemente levantadas e que necessitavam de resposta, sendo que poderia estar ali o primeiro veto político do à data Presidente da República, Prof. Dr. Marcelo Rebelo de Sousa. A título de exemplo as questões suscitadas, entre outras, eram as seguintes: *o que acontece se a gestante de substituição decidir, no final da gravidez, não entregar o bebé aos pais? O que*

facto, em Junho de 2016, o àquela data e atualmente ainda Presidente da República vetou o diploma sobre a gestação de substituição com base nos pareceres do CNECV¹⁰³. Antevia-se o retornar dos trabalhos, e confirmava-se aquilo que desde há muito se revelou ser uma espinhosa travessia.

Finalmente em Julho de 2016, após nova aprovação da Assembleia da República (adiante AR), o Presidente da República disse: “Obviamente, promulgo”¹⁰⁴! Sendo aprovado o diploma que teve como principal obreiro o Bloco de Esquerda, entrou então em vigor a Lei N.º 25/2016, de 22 de Agosto, que regulava o acesso, agora legal, à Gestação de Substituição¹⁰⁵. A primeira abordagem jurídica era simples e já mais do que prevista: tratava-se de um acesso limitado, pois esta técnica de PMA apenas seria permitida em casos de ausência de útero, lesão ou doença desse órgão, que impedisse de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher. O recurso a esta técnica teria assim carácter excecional e os contratos poderiam apenas revestir o carácter gratuito, isto é, apenas sob a forma de Substituição de Proximidade (altruísmo). Também será importante mencionar que a lei proibia a gestante de ser dadora de gâmetas e, sendo o processo limitado a casais heterossexuais, seria obrigatória a utilização, na fecundação, de material genético de pelo menos um dos membros do casal. Por fim, a criança que viesse a nascer seria legalmente considerada como filha dos beneficiários e todos os pedidos de acesso a esta técnica de PMA estariam sujeitos a dois procedimentos obrigatórios: autorização do CNPMA e audiência prévia da Ordem dos Médicos¹⁰⁶.

acontece se a mulher que está a “emprestar” a barriga quiser abortar? O que acontece se uma das duas parte mudar de ideias? E se for detetada alguma deficiência no feto, quem se responsabiliza?

Disponível em: <https://observador.pt/2016/06/02/barrigas-de-aluguer-vem-ai-o-primeiro-veto-de-marcelo/>
Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰³ Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/marcelo-promulga-procriacao-assistida-mas-veta-gestacao-de-substituicao-5216593.html>
Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰⁴ Esta foi a exata expressão que o Prof. Dr. Marcelo Rebelo de Sousa proferiu quando viu novamente nas suas mãos a decisão de promulgar ou vetar o diploma.

Disponível em: <https://observador.pt/2016/07/20/gestacao-de-substituicao-aprovada-pela-assembleia/>
Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰⁵ Aqui já com a terminologia de acordo com aquilo que foi a conclusão a que aqui chegamos no primeiro capítulo, relativamente aos conflitos de denominação.

¹⁰⁶ Artigos 8.º e 39.º da Lei N.º 25/2016, de 22 de Agosto *apud* DIANA COUTINHO, Um Parto Difícil: Da (in)constitucionalidade Da Gestação De Substituição, Universidade do Minho, 2018.

Vencida a primeira guerra, era finalmente legal em Portugal o recurso à Gestação de Substituição como técnica de PMA e como forma de contornar os problemas de esterilidade. Aproximadamente um ano após da promulgação, com o decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, procedeu-se à regulamentação da Gestação de Substituição, ou seja, da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto veio proceder à alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Logo após este passo, surgiram os primeiros pedidos de recurso a esta técnica. Consta-se que durante os oito primeiros meses de vigência da lei, ao todo, foram dois os casos autorizados¹⁰⁷ e sete os casos aprovados e (posteriormente) pendentes, pelo CNPMA. Esta lei teve também o seu impacto no estrangeiro, com especial destaque para os cidadãos espanhóis¹⁰⁸, país onde a Gestação de Substituição não é permitida, o que levou a que diversos pedidos de acesso à técnica tivessem origem em casais provenientes do nosso país vizinho: para se ter uma ideia mais exata, em Dezembro de 2017, dos 41 pedidos já efetuados com origem no estrangeiro, 39 provinham de Espanha.

Porém, se a legalização da técnica havia devolvido a esperança e a expectativa aos que há muito por esta ansiavam, outros consideravam ainda a lei, como muito débil e com algumas lacunas e/ou incongruências. Em situações limite, havia ainda quem referisse que alguns dos preceitos desta legalização seriam mesmo inconstitucionais. Na perspetiva de RAFAEL VALE E REIS, a legislação em torno da maternidade de substituição padecia de duas grandes fragilidades: a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez (adiante IVG) por parte da gestante, por opção própria, nas primeiras dez semanas de gravidez e a não consagração do “direito ao arrependimento”¹⁰⁹. Parece, de facto, que na aprovação da Lei em 2016, se esqueceram da que todas as mulheres grávidas, em Portugal, podem interromper voluntariamente essa gravidez¹¹⁰: o autor atribui o lapso à impaciência, que se

¹⁰⁷ Apenas um se mantém ativo, o segundo careceu de enquadramento legal para prosseguir. Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/05/29/sociedade/noticia/so-um-processo-de-gestacao-de-substituicao-se-mantem-activo-1832483>

Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰⁸ Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/espanhois-sao-quem-mais-beneficia-da-lei-portuguesa-para-barrigas-de-aluguer-242916>

Página consultada a 29 de Julho de 2019.

¹⁰⁹ Disponível em <https://observador.pt/opiniao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/apud> <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniao/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>

Páginas consultadas a 30 de Junho de 2019.

¹¹⁰ A Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril previa a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez sempre que reunidos certos pressupostos.

transformou em imprudência, em aprovar o Diploma, o que terá causado o “esquecimento” deste mecanismo também à data relativamente recente, que se cruzava com o tema aqui abordado. Só mais tarde, com a regulamentação, se previu a possibilidade de a gestação poder fazer uso da IVG.

A segunda fragilidade apontada por RAFAEL VALE E REIS merece outro destaque. Como veremos daqui em diante, o “direito ao arrependimento” não consiste apenas numa fragilidade, ou debilidade, num erro ou num mero lapsus. Trata-se sim de uma omissão, uma lacuna. Segundo o autor, já em 2016, a não consagração do Direito ao Arrependimento no Diploma que viria a regulamentar a Gestação de Substituição seria uma falha legal. Estaríamos em plena contradição de acordo com o Princípio da Livre Revogabilidade das Restrições Voluntárias aos Direitos de Personalidade, do Código Civil, isto é, com a lei que estaria em vigor, o bebé que viria a nascer seria sempre filho do casal contratante, como que propriedade sua, aliás, o autor até faz uso da expressão: *nem que seja à força* (aludindo aqui à resolução pela via judicial), *o casal beneficiário poder arrancar dos braços da mãe portadora, a criança acabada de nascer*¹¹¹. De facto, ao impingirmos à mãe gestante que, após consentir, pelo tal ato de altruísmo, a gestação do bebé de outrem, para posteriormente o entregar no seio do casal contraente, estaremos a garantir que esse bebé que carrega será sempre propriedade de outrem, independentemente da vontade da mãe portadora, que pode arrepender-se¹¹², algo que acontece mais vezes do que o que seria de esperar, nos países onde

¹¹¹ Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/> Página consultada a 30 de Julho de 2019.

¹¹² Um caso bastante mediático que envolve este fundamento foi o caso ‘Baby M’: Em Nova Jérquia, em 1985, uma mulher sem grandes posses, Mary Beth Whitehead, entrou em um contrato com William Stern, cuja esposa, Elizabeth Stern, sofria de esclerose múltipla e temia suportar graves problemas de saúde, caso engravidasse. Por cerca de 10.000 dollars, Whitehead concordou em ser inseminada com o esperma de Stern, levar a gravidez a termo e prescindir dos direitos de maternidade. Mas depois do nascimento de uma menina, conhecida como Baby M nos documentos judiciais, a Sra. Whitehead mudou de opinião. Ela escolheu abandonar 10 mil dollars e ficar com a menina. Previsivelmente, as coisas correram tão bem quanto Hagar e Sarai, que já aqui referimos. Os Sterns processaram-na. Eles venceram a ação num tribunal estadual inferior, mas em 1988 o Supremo Tribunal de Nova Jérquia reverteu essa decisão. Invalidou o contrato de sub-rogação como uma ofensa às políticas públicas e chamou o pagamento pretendido de “ilegal, talvez criminoso e potencialmente degradante para as mulheres”. No entanto, o tribunal deu a custódia aos Sterns, dizendo que prevaleceria o interesse da criança. Um quarto de século depois, o impacto emocional acumulado por este caso continua a ter repercussões em todo o país. Afinal, estamos a lidar com um impulso humano tão básico quanto o que existe: o desejo de procriar, um anseio não menos intenso pela infertilidade como o de Sarai, ou por uma grave complicação de saúde como a de Elizabeth Stern, ou por algum outro infortúnio genético.

Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html>

esta prática tem já algum tempo. Assim sendo, como acontece em alguns países, como os integrantes do Reino Unido, deveria haver uma previsão do Direito ao Arrependimento da gestante no diploma regulamentar, de forma a que o casal beneficiário não tivesse a “propriedade” da criança como garantia, e, sempre que assumissem o recurso a esta técnica, assumissem também o risco inerente à possibilidade, de findos os procedimentos, não ficarem com a criança. Basta-nos para isso, numa perspetiva do mesmo autor que aqui se subscreve na íntegra, que se considere tão árduo retirar a criança, após o nascimento, à gestante de substituição, como o dececionar das expectativas do casal. Este critério está revestido de uma certa especialidade uma vez que constituiu um dos “motivos” da declaração de inconstitucionalidade de alguns dos termos da lei que regulamenta o acesso à Gestaçã o de Substituição, conforme aprofundaremos no próximo ponto.

Uma das grandes críticas também apontadas seria a de se centrar a PMA na mulher e num único progenitor, o que acaba por não cobrir a exigência do foco nos direitos da própria criança, que virá a nascer. A Conselheira do CNECV, RITA LOBO XAVIER, proferiu afirmações, que mais tarde serviram também de fundamento ao pedido de inconstitucionalidade dos preceitos Lei da PMA, como de resto analisaremos no seguinte ponto, nomeadamente: *“(...) não considero ser eticamente aceitável fazer prevalecer totalmente o interesse da mulher beneficiária das técnicas de PMA sobre os direitos do/a filho/a que virá a nascer; designadamente, no caso da possibilidade de inseminação artificial ‘post mortem’”*. Ora, a par do Direito ao Arrependimento já enunciado, assim como outros que iremos abordar, esta é também uma perspetiva com algum relevo no percurso da Gestaçã o de Substituição em Portugal, mais precisamente quando se aferiu sobre a Constitucionalidade dos preceitos do Diploma.

Uma Gestação Inconstitucional?

Desde que este assunto atingiu uma certa dimensão a nível social, mediático e parlamentar, que sempre esteve longe de ser consensual, o que dificultou todas as tentativas de se atingir uma uniformiza o. O teor delicado de se estar a legislar sobre um assunto que mexe com questões éticas, médicas, jurídicas e sociais de dimensão superior, esteve sempre na iminência do debate, da discórdia, da opinião pública e até na tentativa de abalar tudo o que até então havia sido construído. Neste sentido, em Fevereiro de 2017, um grupo de Deputados do CDS e do PSD entregou um pedido de fiscaliza o abstrata da constitucionalidade¹¹³ daquela lei em específico, bem como de outros preceitos atinentes à PMA. Como fundamento desse pedido de fiscaliza o, relativamente à Gesta o de Substitui o em particular, os deputados deste grupo de trabalho centraram-se naquilo que é o superior interesse da criança alegando que o diploma que entrou em vigor   suscetível de violar o princípio da igualdade¹¹⁴, o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana¹¹⁵, o princípio da proporcionalidade¹¹⁶, o direito   prote o da infância por parte do Estado¹¹⁷, o direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e  

¹¹³ Nos termos do artigo 281.  da Constitui o da República Portuguesa (adiante CRP), sob o Prefácio “Fiscaliza o Abstrata da Constitucionalidade e da Legalidade”, a pedido das entidades competentes, enunciadas no número 2 desse artigo, o tribunal aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em viola o de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em viola o do estatuto da região aut noma; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em viola o dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

¹¹⁴ Artigo 13.  da CRP.

¹¹⁵ Mais concretamente daquilo que consta nos artigos 1.  e 67. , número 2,  lnea e), da CRP, sendo que o primeiro assenta naquilo que é a garantia pelo Estado, da prote o da dignidade humana, em geral, e já no segundo artigo, se correlacione a prote o estadual e garantia da salvaguarda dessa dignidade da pessoa humana, mas agora especificamente naquilo que é a regulamentaa o das técnicas de PMA

¹¹⁶ Argumento que se cingia ao conteúdo do artigo 18. , número 2 da CRP: este princípio pode ser visto na pele da mínima interven o do Estado, isto é, o Estado deve limitar-se ao estritamente necessário (inconstitucionalidade do abuso) quando toma medidas que restrinjam os direitos, liberdades e garantias (adiante DLG’s) dos cidadãos.

¹¹⁷ Já o preceito Constitucional correspondente a este fundamento, encontra-se no artigo 69. , número 1, e   aqui que se enquadra realmente a justifica o primordial do pedido, pelo menos a que foi por algumas vezes mencionada pelos apresentantes do pedido como sendo a base da suspei o. Na perspetiva destes, a regulamentaa o da Gesta o de Substitui o devia ser elaborada, principalmente, tendo em conta o ponto de vista da prote o, pelo Estado, dos DLG’s das crianças, bem como da conformidade dos seus preceitos para com os princípios fundamentais.

identidade genética¹¹⁸. Apesar de focado no conteúdo do artigo 8.º da Lei da PMA, isto é, naquele que regulava o acesso à Gestação de Substituição de Proximidade, esta petição dizia respeito, em geral a todos os artigos dessa Lei que, se referiam   Gestação de Substituição. Foi apresentado por um grupo de trinta deputados   AR, em Janeiro de 2017.

O Tribunal Constitucional (adiante TC) pronunciou-se, dando origem ao Acórdão n.º 225/2018¹¹⁹. Em suma o TC não considerou inconstitucional o diploma completo, começando por mencionar que a Gestação de Substituição não  , s o por si, uma técnica de PMA que atente à dignidade da pessoa humana nem que viole o dever de salvaguarda, por parte do Estado, da proteção da infância. Considerou, no entanto, que certos preceitos da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho (alterada pela Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto), seriam violadores de direitos e princípios fundamentais do nosso Ordenamento. Pode dizer-se que esta pronúncia do TC, mediante aquilo que foi a Decisão do *supra* identificado Acórdão, se resume em quatro momentos, correspondentes cada um, a cada uma das quatro primeiras  lneas dessa decisão pela inconstitucionalidade dos preceitos, a analisar:

- a) “(O TC decide) *Declarar a inconstitucionalidade, com forçá obrigatória geral, das normas dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, conseqüentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1,  lnea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1.*

A primeira  lnea desta decisão de inconstitucionalidade fundamenta-se na excessiva indeterminação do Diploma, mais concretamente do artigo 8.º que diz respeito   Gestação

¹¹⁸ Segundo o requerimento apresentado, este fundamento assentaria no direito ao conhecimento, por parte da crianç a, da sua descendência genética.

¹¹⁹ Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>
Página consultada a 1 de Julho de 2019.

de Substituição. Se analisarmos mais de perto os preceitos indiciados, surgem-nos expressões como “*só é possível a título excepcional*”, “*situações clínicas que o justifiquem*”, “*carece de autorização prévia*”, o que denota um certo descuido por parte do legislador na elaboração do diploma. Segundo JOSÉ J. GOMES CANOTILHO, o princípio da segurança jurídica brota o princípio da determinabilidade, e desdobra-se em duas exigências: em primeiro lugar, é exigida clareza por parte das normas legais de onde seja extraível uma solução jurídica que não dê azo a equívocos; em segundo lugar, exige-se que a norma seja dotada de uma densidade suficiente na regulamentação legal de forma a que, não só se consolidem as posições juridicamente protegidas dos cidadãos portugueses, mas também que esta se converta numa norma de atuação para o poder público, e até que possibilite a fiscalização da defesa e legalidade dos direitos desses cidadãos¹²⁰. Este é um fundamento que nos parece claro, e difícil de refutar porém, esta falta de consistência, definição e transparência também aparenta ter sido um risco desnecessário de se correr, sendo que, a subjetividade destes preceitos poderá ser justificável pela imprudência que resultou de uma necessidade de, num curto espaço de tempo, ver a gestação de substituição com uma técnica de PMA legalizada.

b) “(O TC decide) *Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 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, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de 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 Constituição da República Portuguesa.*

¹²⁰ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, 2003, pág. 258.

A segunda censura aponta para a não aceitação do Direito ao Arrependimento, ou, por outras palavras, para a não admissão da revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários. Ora, mediante o que já analisamos, há uma postura que, na nossa visão, deve assumir-se neste ponto: é tão cruel tirar a criança dos braços da gestante, horas ou dias após o seu nascimento, como o frustrar das expectativas de um casal infértil que esperou nove meses para ter a sua criança. Se, por um lado a técnica de PMA em si, é dirigida especialmente ao casal estéril, com vista à resolução do seu problema, esta também deve ter em conta o ser humano que é contraparte, e como tal, salvaguardar os seus interesses, direitos e princípios, mais concretamente naquilo que é o respeito pela sua dignidade humana e o seu direito a constituir família, sob pena de restrição desmedida dos mesmos. Neste aspeto, a nossa perspetiva vai de encontro àquilo que é defendido por RAFAEL VALE E REIS¹²¹, e que já desde o século XX se regula nos preceitos relativos à Gestação de Substituição, no Reino Unido: o Direito ao Arrependimento por parte da gestante deve estar previsto e ser possível, de facto, na Lei da PMA, de forma a que o casal beneficiário, logo após a gravidez e o parto, tenha que recorrer ao tribunal de forma a obter a ratificação retrospectiva do procedimento, isto é, a confirmação da “propriedade” do bebé. O recurso à via judicial revela-se não só útil para efeitos do arrependimento, mas também consiste num mecanismo de controlo do próprio cumprimento contratual da substituição. Consta-se que, no novo projeto de lei do BE prevê-se agora um prazo decisório de 20 dias após o nascimento da criança, para que se resolvam as questões relacionadas com o seu “destino”¹²², o que nos parece ser aceitável.

- d) “(O TC decide) *Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo.*

¹²¹ Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>
Página consultada a 30 de Julho de 2019.

¹²² Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/interior/correcao-casais-devem-ser-mais-protetidos-na-lei-da-gestacao-de-substituicao---associacao-10953686.html>
Página consultada a 1 de Julho de 2019.

A “terceira inconstitucionalidade” centrou-se naquilo que é o Direito à Identidade Pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP¹²³, do Princípio da Segurança Jurídica e do Dever do Estado de Proteção da Infância, no artigo 69.º, n.º 1 da CRP¹²⁴. Esta apreciação não é mais do que o prever da situação de a criança que nasce sob ao abrigo de um contrato de Gestação de Substituição considerado posteriormente nulo, ficar impedida de ser reconhecida juridicamente como filha(o) do casal que recorreu à técnica de PMA, acontecendo o mesmo com estes, quando tentam o reconhecimento da sua paternidade. É de salientar também que o facto de a lei não delimitar as causas invocadas para a nulidade do contrato, de acordo com alguns fatores, como o tempo ou a gravidade, é provocador do Direito da Identidade Pessoal e do Princípio da Segurança Jurídica. Assumimos aqui a nossa concordância com o entendimento do TC, sendo que se pode sintetizar a questão pelo facto de a Lei da PMA não concretizar suficientemente o regime da nulidade, pelo que devia sim diferenciar aquilo que é um contrato de Gestação de Substituição válido de um inválido (o que vai de certa forma de encontro àquilo que foi exposto na primeira alínea).

- e) *“(O TC declara) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;”*

¹²³ Segundo o qual: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹²⁴ Segundo o qual: “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.”

Por fim, declarou-se a inconstitucionalidade sobre o direito ao anonimato dos dadores e da gestante de substituição. Em suma, o TC considerou que o anonimato restringia de forma abusiva aquilo que é o Direito à Identidade e ao Livre Desenvolvimento da criança, no caso que mais nos releva, isto é, na Gestação de Substituição (apesar de fazer referência a qualquer uma das técnicas de PMA). Pois bem, não podemos aqui manifestar a nossa concordância para com aquilo que foi a decisão do Tribunal Constitucional. Neste caso em apreço, a interpretação do TC foi longe demais, apesar de subscrevermos em parte, e enquanto parecer (e não enquanto fiscalização), a opinião deste, isto é: de facto, é de carácter inconstitucional o ato de restringir à criança a possibilidade de saber, um dia mais tarde, quem foram os dadores de gâmetas ou embriões e, conseqüente e geneticamente, seu pai ou mãe biológicos. Porém, será realmente desnecessária essa restrição? Consideramos que a chave está no carácter dispensável que os juízes do TC atribuíram a um direito também constitucionalmente protegido. Falamos aqui da Autonomia Informativa do Dador, valor constitucionalmente protegido, pelo artigo 35.º da CRP, que nos remete também para o Princípio da Segurança Jurídica. Ora, na prática, o que acontece é o seguinte: um qualquer dador de gâmetas, a título de exemplo, que seja masculino, doa o seu esperma e consente obrigatoriamente que, se alguma criança vier a nascer a partir dos seus gâmetas, possa vir a saber a sua identidade civil (a partir desta declaração de inconstitucionalidade do anonimato). É certo que em Portugal não se vive um regime de anonimato de dadores absoluto, mas sim mitigado¹²⁵ sendo que também é certo que até então, nunca a criança poderia vir a ter conhecimento, por via tão leve e direta, de quem foram os dadores de gâmetas. As implicações que esta declaração de inconstitucionalidade poderá ter são contundentes: no sentido da segurança jurídica, o que se pretende no nosso Ordenamento é a manutenção de condições favoráveis para que se mantenham ou cresçam os níveis de doadores de gâmetas em Portugal, e nunca o contrário. Acontece que, caso caia a imposição do sigilo sobre a identidade dos dadores, todos aqueles que o faziam, normalmente jovens adultos, motivados por aquilo que seria o total anonimato, vendo desfeita essa confidencialidade, deixará de o fazer, reduzindo a quantidade de gâmetas disponíveis assim como, posteriormente, de embriões. Assim sendo, consideramos a restrição do carácter sigiloso dos dadores como uma medida mais danosa para o nosso Ordenamento, em função daquilo, que tomamos aqui não como desnecessário mas como acessório, que seria a

¹²⁵ A identificação do dador só seria nos casos sustentados por razões suficientes que o justificassem.

restrição à criança do acesso às informações sobre dador dos gâmetas, tendo em conta que tal nunca passará do carácter informal, uma vez que nenhuma obrigatoriedade parental nasce entre a pessoa nascida e o dador.

Conclusão

Concluimos, cientes de que o caminho da Gestaç3o de Substituiç3o em Portugal sempre ser3a espinhoso, e ainda mais conscientes de que este 3 um nobre m3todo, que veio fazer sonhar aqueles vivem na ang3stia e na tristeza de n3o poderem, *per si*¹²⁶, ter filhos.

Depois de percebermos aquilo em que consiste realmente esta Substituiç3o, que tanta tinta fez e faz correr, quer a n3vel jur3dico, quer a n3vel m3dico e at3 a n3vel 3tico e social, de enquadrarmos a n3vel temporal o seu desenvolvimento e de esmiuçar as modalidades, os argumentos a favor e os argumentos contra, que desta fazem parte, atingimos impreterivelmente a ideia de que s3 h3 um sentido a percorrer nesta caminhada: a legalizaç3o, n3o a todo o custo, da Gestaç3o de Substituiç3o.

Claro est3 que vivemos num Estado de Direito democr3tico, e que, em todas as decis3es devem ser respeitadas os princ3pios fundamentais mais basilares do nosso Ordenamento jur3dico. Tamb3m 3 um facto que a Gestaç3o de Substituiç3o mexe com diversos pontos delicados, n3o s3 a n3vel jur3dico-constitucional, mas tamb3m ao n3vel do quotidiano, do sentimento, da emoç3o e das relaç3es. Tal como GUILHERME DE OLIVEIRA DUARTE, tamb3m n3o seguimos a m3xima de que “*s3 n3o 3 natural o que n3o se poder fazer*”¹²⁷, por3m o mesmo autor tamb3m faz refer3ncia, embora que de forma t3cita, ao caminho, que desde o in3cio tentamos figurar: “*as novidades, nestes dom3nios sens3veis, começam por ser rejeitadas, passam a ser toleradas, e acabam por ser aceites*”.

A Gestaç3o de Substituiç3o foi como um p3ssaro, que voava ainda num horizonte long3nquo e que assim que se aperceberam do que ele era capaz, fizeram com que fugisse. Mas urgia uma necessidade: fazer voar aquele p3ssaro junto de n3s, junto dos que com ele, conseguiriam tamb3m voar. E fizeram. Analisamos o que levou, em 2006, 3 sua censura, e total proibiç3o, quer a t3tulo oneroso, quer a t3tulo gratuito. Abordamos, de uma forma ou

¹²⁶ Atrav3s do seu pr3prio corpo (material gen3tico e reprodutivo).

¹²⁷ Cfr. GUILHERME FREIRE FALC3O DE OLIVEIRA, *M3e h3 s3 uma (Duas): O Contrato de Gestaç3o*, Coimbra Editora, 1992, p3g. 98.

outra, as obras de todos os que sobre a temática teriam um ponto que fosse, a acrescentar. Percebemos o percurso legislativo e político-partidário que foi necessário de forma a que, dez anos mais tarde, em 2016, fosse finalmente legalizada esta prática entre nós, e em que contornos.

Após termos analisado as consequências dessa legalização, e do seu impacto imediato através dos pedidos de aprovação de vários casais ao CNPMA, constatamos que aquela deveria ser uma prática uniformizada, e gradualmente sedimentada no nosso Ordenamento. A Gestação de Substituição a título gratuito, nas circunstâncias especiais de ausência de útero ou lesão incapacitante, deve ser admitida entre nós. Subscrevemos também o repúdio pela Gestação de Substituição de carácter oneroso, pelas mais diversas razões que expusemos, sendo que merece especial destaque a violação dos princípios mais basilares do direito, uma vez que estaríamos verdadeiramente a pagar por uma vida.

Finalmente, abordamos a pronúncia do TC acerca da constitucionalidade de um diploma que, depois de alterado em 2016, pouco tempo teve para dar frutos. Literalmente. Se subscrevemos que, por um lado, os preceitos legais devem ser certos, determinados e claros ou que não deve dar-se como garantia decorrente do contrato, a propriedade do bebê (ao casal contraente) ou até que o regime da nulidade dos contratos deva estar devidamente concretizado, por outro não fomos do entendimento que a crianç a pode ter acesso a informação acerca do seu dador de gâmetas, uma vez que entre eles a ligação nunca será de paternidade.

Defendemos que a Gestação de Substituição é capaz de, ao mesmo tempo, fazer nascer uma vida e renascer outras. Consideramos que a sua legalização não terá qualquer tipo de impacto negativo na sociedade, se bem regulamentada. Entendemos que este é o caminho, mas não apel mos   Substituição a todo o custo. Tudo tem o seu tempo, e urge reerguer a Gestação de Substituição.

Mas se um dia o caminho se estreitar, e alternativa não houver, que se pratique a Gestação de Substituição, que em tempos foi possível: porque *mais vale uma lei nos moldes*

em que está, um bocadinho mais “coxa”, e os casais terem acesso ao seu sonho, e mais que isso, ao direito de constituir família¹²⁸, do que não ter nada.

¹²⁸ Esta foi a frase que nos moveu: foi proferida por JOANA FREIRE, mulher portadora do Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser, ou, por outras palavras, uma mulher que não possui vagina, nem útero. Joana viu na Gestação de Substituição, após ter tido o consentimento da sua irmã, que seria a gestante, a única forma de sonhar. Mas Portugal não permitiu que Joana e o seu par, assim como várias dezenas de casais na mesma situação, concretizassem o seu sonho: carregar nos braços aquele que é um dos expoentes da felicidade do ser humano, o seu beb .

Bibliografia

- A IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS, *A Bíblia Sagrada, Contendo o Velho e o Novo Testamentos*, Primeiro Livro de Moisés: Gênesis, Capítulo 16, Intellectual Reserve, 2015
- CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Os Efeitos Familiares E Sucessórios Da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)* in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Relatório da «Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias in Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990
- DIANA COUTINHO, *Um Parto Difícil: Da (in)constitucionalidade Da GestaçãO De Substituição*, Universidade do Minho, 2018
- GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma (Duas): O Contrato de GestaçãO*, Coimbra Editora, 1992
- GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, *Mães “hospedeiras”*, Tópicos para uma intervenção. Colóquio interdisciplinar sobre Procriação Assistida, em 12-12 de Dezembro de 1991, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1993
- J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, 2003
- JANET L. DOLGIN, *Defining the Family Law: Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age*, New York University Press, New York, 1997
- JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Outro Útero É Possível: Civilização (Da Técnica), Corpo e Procriação* in *Direito Penal - Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, 2013
- JORGE BISCAIA, *Problemas Éticos da Reprodução Assistida*, Revista Bioética, Vol. 11, n.º 2, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2003

- JORGE DUARTE PINHEIRO, *Mãe Portadora: A Problemática Da Maternidade De Substituição* in *Estudos De Direito Da Bioética*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2008
- JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida* in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005
- JORGE DUARTE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida* in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005
- JUDIT SÁNDOR, *A Retórica Legal Em Torno Da Reprodução*, in *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão*, 1ª edição, U. Porto Editorial, 2009
- TERESA ALMEIDA SANTOS, MARIANA MOURA RAMOS, *Esterilidade e Procriação Medicamente Assistida*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010
- VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre A Lei Portuguesa De Procriação Medicamente Assistida (Lei N.º 32/2006, De 26 De Julho)*, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 3, N. 6, 2006
- VERA LUCIA RAPOSO, *De Mãe Para Mãe, Questões Legais E Éticas Suscitadas Pela Maternidade De Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- VERA LÚCIA RAPOSO, *Quando A Cegonha Chega Por Contrato*, in “*Boletim da Ordem dos Advogados*”, N.º 88, Março 2012

Legislação

- Constituição da República Portuguesa, 5ª edição, Almedina. Disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tabela=leis&fic ha=1&pagina=1
https://dre.pt/home/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview

- Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril – Exclusão da Ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/519464/details/maximized>
- Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto – Regula o acesso à Gestação de Substituição, e procedo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Procriação Medicamente Assistida). Disponível em:
- Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho – Procriação medicamente assistida. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/539239/details/maximized>
- Regulamento n.º 14/2009 – Aprova o Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Disponível em:
- Regulamento n.º 707/2016 - Regulamento de Deontologia Médica. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/75007439/details/normal>

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional:

- Ac. do TC n.º 101/2009, disponível no sítio: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>
- Ac. do TC n.º 225/2018, disponível no sítio: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>